

## Contratos Particulares

German Orozco



**UCA**  
Universidad  
Centroamericana

**UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS  
COORDINACION DE EDUCACION A DISTANCIA**

346-02  
A-832

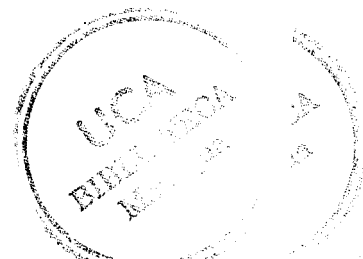
C-5

**ASIGNATURA:**  
**Contratos en Particular**

**PROFESOR:**  
**German Orozco**

Ingreso	23-04-2016
Control	—
Nota	F.C.S.
Fecha	2016/14896

**Managua, Nicaragua**  
**Octubre 2015**



# Facultad de Ciencias Jurídicas



## Contratos en Particular



UCA  
BIBLIOTECA  
Managua

**UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**DATOS GENERALES**

<b>MATERIA</b>	Derecho de contratos
<b>CARRERA</b>	Derecho
<b>PLAN DE ESTUDIO</b>	2007
<b>CÓDIGO</b>	XXXXXX
<b>NÚMERO DE CRÉDITOS</b>	5 créditos
<b>FRECUENCIA SEMANAL</b>	5 horas
<b>TOTAL DE HORAS</b>	60 horas
<b>CUATRIMESTRE</b>	VI
<b>ELABORADO</b>	Prof. Dr. D. Jairo José Guzmán García
<b>APROBADO POR</b>	Prof. Dr. D. Manuel Aráuz Ulloa
	Decano





## I. FUNDAMENTACIÓN

En el campo del Derecho Civil, es lógico y absolutamente necesario, que luego de haber estudiado la teoría general de los contratos, sean estudiadas con puntual dedicación las figuras contractuales típicas junto con las nuevas experiencias formales del contrato como lo son los llamados “contratos atípicos”, como expresiones de la dinámica del mercado en nuestros días. La existencia y estudio de esta asignatura en nuestro plan de estudios se justifica en que buena parte de la labor de asesoría a los particulares se realiza a partir de la subsunción de la voluntad de éstos en las categorías jurídicas propias de lo contractual. Así, se logra dotar al estudiante de las herramientas conceptuales que le permitan realizar dicha labor de asesoría de forma coherente, correcta y técnicamente depurada. Por otra parte, la configuración del contrato es útil a los efectos de evitar la litigiosidad por razones de desavenencias en la puesta en práctica de la *lex privatorum* en que consiste el contrato.

## II. OBJETIVOS GENERALES DE LA ASIGNATURA

Al finalizar el curso el alumnado estará en la capacidad de:

1. Conocer las principales modalidades de contratos típicos y atípicos.
2. Determinar la estructura legal y dogmática básica de cada uno de los modelos de contratos típicos y atípicos.
3. Manejar los esquemas básicos de las distintas tipologías de contratos de cara a la defensa procesal de los derechos y deberes implicados.

## III. REQUISITO DE PRECEDENCIA: Derecho de contratos I

## IV. ESQUEMA DE CONTENIDO Y DISTRIBUCIÓN DEL TIEMPO

Unidad	Nombre	Clases Teóricas	Clases Prácticas	TOTAL
I	Contratos traslativos del dominio	08	0	08
II	Contratos de uso y disfrute	08	0	08
III	Contratos de gestión	06		06
IV	Contratos de custodia	08	0	08
V	Contratos de garantía	06	0	06
VI	Contratos aleatorios	08	0	08
VII	Contratos relativos a la decisión de controversias	08		08
VIII	Contratos atípicos	08		08
	Total	60 horas	0	60 horas

Total de horas: 60

## **V. PROGRAMA ANALÍTICO**

### **Unidad I: Contratos traslativos del dominio**

#### **1. Objetivo específico:**

Que el estudiante conozca la trascendencia y la función económico-privada que revisten los contratos a través de los cuales se realiza el desplazamiento patrimonial de los bienes y de los servicios.

#### **Contenido:**

Contrato de compraventa: concepto, contrato transmisivo del dominio, características, elementos de la compraventa, las arras confirmatorias penitenciales y penales, efectos de la compraventa, falta de entero del pago según el tipo de bienes que sean objeto de la venta, la figura del saneamiento, la evicción, saneamiento por evicción, eficacia, saneamiento por vicios ocultos, lapso de vigencia de la garantía.

Contrato de cesión:

- ❖ De derechos: supletoriedad de las reglas de la compraventa y la donación, requisitos de validez, extensión del derecho cedido, el contenido de la cesión.
- ❖ De derechos litigiosos: concepto de “derecho litigioso”, requisitos, desfavor legislativo a la cesión de derechos litigiosos.
- ❖ De derechos hereditarios: requisitos de la cesión de derechos sucesorales, integridad del derecho cedido, la figura de la evicción en la cesión de derechos hereditarios

Contrato de permuta: la forma de este contrato, reciprocidad en la entrega, permuta y registro.

Contrato de donación: concepto, características, capacidad de las partes, objeto de la donación, forma, la aceptación, efectos de la donación, imposibilidad del derecho de acrecer, deber de comportamiento respecto del donatario.

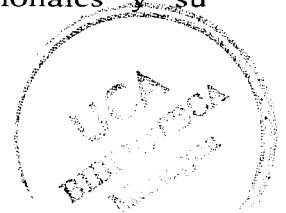
### **Unidad II: contratos de uso y disfrute**

#### **Objetivo específico:**

Manejar los requisitos que configuran y caracterizan dogmática y legalmente a los contratos que procuran el uso y disfrute de bienes que a otros pertenecen.

#### **Contenido:**

Contrato de arrendamiento: concepto unitario del arrendamiento, capacidad de los sujetos, el objeto del arrendamiento, duración, forma, formalidades, facultades y cargas del arrendamiento. Arrendamiento de cosas, arrendamiento de fincas urbanas, arrendamiento de fincas rústicas, arrendamiento de bienes muebles, otros tipos de arrendamiento, el contrato de obra, servicios profesionales y su tipología.



Contrato de mutuo: concepto, caracteres, interés legal y consensual, anatocismo, la forma del contrato de mutuo, error sobre el pago de intereses, pago anticipado, mutuo y tipos de moneda, la cláusula penal en el mutuo, reglas sobre la exigibilidad de la cláusula penal.

Contrato de comodato: duración, bienes sobre los que puede constituirse el comodato, efectos, comodato y precario.

### **Unidad III: Contratos de gestión**

#### **1. Objetivo específico:**

Conocer de forma particular las variadísimas funciones y formas que un contrato puede adoptar y realizar en la vida social dentro del ejercicio de la autonomía privada de las partes.

#### **Contenido:**

Contrato de mandato: Noción, la representación y el mandato, capacidad de los sujetos, forma, contenido: obligaciones del mandatario, el fenómeno de la sustitución en el mandato, obligaciones del mandante, pluralidad de sujetos en el mandato, extinción del mandato, forma en la revocación, renuncia del mandatario, la muerte, tipos de mandato según nuestra legislación: generalísimo, general, especial, Interpretación sobre la extensión del mandato, el mandato y la persona jurídica.

Contrato de sociedad: aplicación general del concepto, caracteres del contrato de sociedad, reglas sobre la responsabilidad del socio respecto a las aportaciones, el lucro, dotación de un patrimonio para la sociedad, personalidad jurídica de la sociedad, la gestión de la sociedad, el momento de nombramiento del administrador, ausencia de previsión sobre la administración de la sociedad, la relación entre confianza y sociedad derecho de tanteo, la razón, las distintas clases de sociedad planteadas en el Código, la sociedad universal de todos los bienes y de todas las ganancias, transmisión dominical del capital a la sociedad, el destino de las deudas de los socios, las deudas de los socios.

### **Unidad IV: Contratos de custodia**

#### **1. Objetivo específicos:**

Valorar la necesidad de que el contrato se forme de manera legalmente aceptable. Analizar la importancia de que en el contrato se verifique de forma correcta las etapas de formación.

Analizar las variadísimas incidencias que pueden producirse hasta antes de que tal se tenga como *lex privatorum*.

**Contenido:**

El depósito: caracteres generales, capacidad, objeto del contrato, obligaciones del depositario, aspectos espaciales, aspecto temporal, obligaciones del depositante, depósito necesario, secuestro.

**Unidad V: Contratos de garantía****Objetivo específico:**

Analizar concretamente las reglas que importan la accesoriedad y la ejecutabilidad de los derechos personales de garantía contenidos en los contratos.

**Contenido:**

Contrato de fianza: Garantías en general. Responsabilidad sin deuda, concepto, caracteres esenciales, clases, capacidad para ser fiador, obligaciones susceptibles de ser afianzadas, extinción de la obligación del fiador, forma, relación del fiador con el acreedor, el beneficio de orden o de excusión, beneficio de división, relación del fiador con el deudor, relación de los cofiadores entre sí, extinción.

**Unidad VI: Contratos aleatorios****Objetivo específico**

Analizar las peculiares consecuencias jurídicas que incorporan las figuras que tiene por elemento identificador el hecho de hacerse depender en la exigibilidad de sus prestaciones de un evento de producción incierta.

**Contenido:**

Contratos de juego, apuesta y suerte. Los juegos ilícitos, la repetibilidad de lo pagado en el contrato de juego y apuesta. La apuesta como elemento de conclusión de controversias y de partición. La distinción entre apuesta y juego, la novación y la compensación en los juegos y apuestas prohibidos. La renta vitalicia, la aleatoriedad del contrato, el objeto del contrato, los sujetos, pluralidad de sujetos, transmisión del derecho a la pensión, compra de esperanza, la autorización para realizar el hecho generador del objeto.

**Unidad VII: Contratos relativos a la decisión de controversias****Objetivo específico**

Analizar las distintas formas en que la autonomía privada puede realizar la función de arreglo de controversias a través de los mecanismos que tomadas de la experiencia permiten lograr dicho cometido.





## **Contenido:**

Contrato de transacción. Su concepto y significado. Presupuestos. La causa de la transacción. Capacidad de los sujetos. Naturaleza de la transacción. Sus efectos. Transacción judicial  
El arbitraje. Concepto, naturaleza, materias excluidas. Clases de arbitraje. Establecimiento del arbitraje: el convenio arbitral: concepto, capacidad y legitimación. El objeto, la forma, el contenido. Los árbitros su capacidad. El procedimiento arbitral. El laudo arbitral. Su concepto estructura y efectos. Su ejecución.

## **Unidad VIII: Contratos atípicos**

### **Objetivo específico**

Desarrollar las destrezas para proponer y reconocer los contratos en los que la función económico privada se aleja de los moldes tipificados para adoptar nuevos moldes que potencian la utilidad de los mismos a través de nuevas figuras contractuales exigidas por el mercado.

## **Contenido:**

Contrato de *leasing* en sus aspectos fundamentales. *Leasing* financiero. *Leasing* inmobiliario. El contrato de *factoring* Contrato de *engineering*. Contrato de franquicia. Contrato de know how, contrato de fideicomiso, contrato de suministro, contrato de *joint venture*.

## **VI. METODOLOGÍA GENERAL**

Para el desarrollo de las diferentes temáticas que aborda esta asignatura se sugiere hacer uso de las siguientes herramientas metodológicas:

- Conferencias magistrales apoyadas en la presentación de mapas conceptuales, folletos e información que pueda generar la interacción con el grupo de clases, insistir en relacionar la asignatura con situaciones actuales del país.
- Implementar otras técnicas tales como: Seminarios, lluvia de ideas, debates, designación de tareas a realizarse en grupo – fuera o dentro del aula de clase-.
- Asignar al grupo la lectura de material específico con guías de trabajo mediadas. (cuestionario, reporte de lectura o redacción de ensayos breves)
- Desarrollo de trabajo en equipo.
- Llevar a cabo debates al concluir cada unidad didáctica, con la finalidad de consolidar los conocimientos adquiridos.

## **VII. EVALUACIÓN**

La evaluación debe ser: diagnóstica, formativa, sumativa y de autoevaluación.

Se sugiere hacer uso de:

1. Evaluaciones sistemáticas a fin de medir los conocimientos y experiencias previas, así como el nivel de asimilación de la materia
2. Evaluaciones parciales conforme a lo previsto en el calendario determinado por la Facultad.
3. Valoración de los trabajos que fuesen designados para realizarse de manera individual o grupal.
4. Valoración de la participación de los alumnos en las diferentes actividades asignadas por el docente.
5. Se debe establecer un porcentaje de la calificación para que los alumnos puedan autoevaluarse de acuerdo a parámetros previamente establecidos por el docente.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

1. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel; Curso de Derecho civil español, T. II: derecho de obligaciones. V. 1º: La obligación y el contrato en general, 8ª edic. José Mª. Bosch; Barcelona; 1999. (346 A-325 1989 t.II, v. 1º).

2. ARRECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio; La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual; Montecorvo; Madrid; 1978. (346.022 A-678)

3. BENDAÑA GUERRERO, Guy; estudio de derecho de los contratos; edic. del autor; Managua; 19xxx (340.56 b-458)

CASTÁN TOBEÑAS, José; Derecho civil español común y foral, t. III; Reus; Madrid; 1978. (SED 340.56 C-346 1978 t. III)

COLIN, Ambrosio/ CAPITANT, Henri; Curso elemental de derecho civil, trad. De la 2ª edic. Francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, con notas sobre el derecho civil español por Demófilo de Buen, 4ª. edic. española revisada y puesta al día por Manuel Batlle, T. 3º: Teoría general de las obligaciones; Instituto editorial REUS; Madrid; 1960. (346 C-699 1952 t. 3).

DÍEZ PICAZO, Luís María; Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, vol. 2: las relaciones obligatorias; civitas; Madrid; 1996 (345.056 D-568 1996 V. 2)

DÍEZ PICAZO, Luís/GULLÓN, Antonio; Sistema de Derecho Civil, vol. II, El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual., 9ª edic; Tecnos; Madrid; 2003.

DÍEZ PICAZO, Luís/ GULLÓN BALLESTEROS, Antonio; Sistema de Derecho civil, t. II; Tecnos; Madrid; 1977. (346 D-568 vol. 2)

ESPÍN CÁNOVAS, Diego; Manual de Derecho civil español, v. III: obligaciones y contratos; Editorial Revista de Derecho privado; Madrid; 1978. (340.56 C-346 1978 V. III)

GARCÍA URBANO, José María; Instituciones de Derecho privado; UNED; Madrid; 1995. (346 D-568 vol. 2)

GAZZONI, Francesco; Manuale di Diritto Privato, VII edizione aggiornata; Edizione Scientifiche Italiane; Napoli; 1998. (346 G-291 1998)

GUZMÁN GARCÍA, Jairo José; Apuntes de Derecho Civil: Derecho de obligaciones; Universidad Centroamericana; Managua; 2006.

GUZMÁN GARCÍA, Jairo José/HERRERA ESPINOZA, Jesús J.; Contratos civiles y mercantiles; Universidad Centroamericana; Managua; 2006.

HERRERA ESPINOZA, Jesús J.; Contratos atípicos; CENED; Managua; 2006.

HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso; El pago del tercero; Bosch; Barcelona; 1983. (346.02 H-557 C.2)

LACRUZ BERDEJO, José Luís; Elementos de Derecho civil II: Derecho de obligaciones vol. 1º: parte general. Teoría general del contrato, 2ª edic. Revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernandez; Dykinson; Madrid; 2000. (346 D-431 do 2000 t.2 vol 1).

LETE DEL RÍO, José María; Derecho de obligaciones vol. I: la relación obligatoria en general, 3ª edic.; Tecnos; Madrid; 1995. (346.077 L-645 v. I)

LETE DEL RÍO, José María; Derecho de obligaciones vol. II, 3ª edic.; Tecnos; Madrid; 1995. (346.077 L-645 v. I).

MAZEAUD, Henri/ MAZEAUD, León/ MAZEAUD, Jean; Lecciones de Derecho civil, parte 2ª, vol. I, II, III, traduce. De Luis Alcalá Zamora y Castillo; Ediciones Jurídicas Europa América; Buenos Aires; 1960.

PUIG BRUTAU, José; Fundamentos de Derecho Civil, t. I, vol. 2º: Derecho general de las obligaciones; Bosch; Barcelona; 1985 (346 P-979 t.1 vol. 2)

PUIG BRUTAU, José; Fundamentos de Derecho Civil, t. II, vol. 1º: Doctrina general del contrato las obligaciones; Bosch; Barcelona; 1988 (346 P-979 1988 t.2 vol. 1)

ROCA SASTRE, Ramón María; Estudios de Derecho privado I: obligaciones y contratos; REUS; Madrid; 1948. (346.02 R669)

ROMÁN GARCÍA, Antonio; el precontrato; Montecorvo; Madrid; 1982. (346.02 R-758)

RIPERT, George/BOULANGER, Jean; Tratado de Derecho civil según el tratado de Planiol, T. IV: Las obligaciones ( 1ª parte, vol. 1) CCCCCCCCCCCCC. (D 346 R-588 V. 1 T.4)

SANTORO PASSARELLI, F.; Doctrinas generales del Derecho Civil; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; 1964. (340.56 S-237)

VON TUHR, A.; Tratado de las obligaciones tomo I, traducido del alemán y concordado por W. Roces, reimpresión de la 1ª edic.; REUS; Madrid; 1999. (346-07 V-945 t. I)

VON TUHR, A.; Tratado de las obligaciones tomo II, traducido del alemán y concordado por W. Roces, reimpresión de la 1ª edic.; REUS; Madrid; 1999. (346-07 V-945 t. I)



# Contratos en particular

## Índice

<b>Introducción</b>	8
<b>Tema I: Contratos traslativos del Derecho de propiedad</b>	10
1.- Compraventa	10
1.1.- Concepto, importancia y caracteres	10
1.2.- La Transmisión del dominio en la compraventa	12
1.3.- Elementos de la compraventa	14
1.3.1.- Sujetos (capacidad y prohibiciones para contratar)...	14
1.3.2.- Objeto del contrato	15
1.3.3.- El precio	17
1.3.3.1.- Requisitos del precio	18
A.- Precio real o verdadero	18
B.- Precio determinado o determinable	18
1.4.- Las arras	19
1.4.1.- Arras penitenciales	20
1.4.2.- Arras confirmatorias	20
1.4.3.- Arras penales	20
1.5.- Efectos de la compraventa	21
1.5.1.- Entrega de la cosa	21
1.5.2.- Conservación de la cosa	22
1.5.3.- Pago del precio	22
1.5.4.- El saneamiento	23
1.5.4.1.- El saneamiento por evicción	24
1.5.4.2.- El saneamiento por vicios ocultos	26
1.5.5.- Prioridad	29
1.6.- Algunas variaciones al esquema original de la compraventa	30
2.- La permuta	33
2.1.- La forma en la permuta	34
2.2.- La permuta y el saneamiento	35
2.3.- La permuta y el registro	36
3.- La donación	36
3.1.- Elementos de la donación	37
3.1.1.- El consentimiento	37
3.1.2.- El objeto	40
3.1.3.- La forma	42
3.2.- Clases de donación	42
3.2.1.- Donaciones universales	42
3.2.2.- Donaciones a título singular	43

3.2.2.1.- Donaciones con causa onerosa, donaciones condicionales, modales o con gravamen .....	44
3.2.2.2.- Donaciones remuneratorias .....	45
3.2.2.3.- Donaciones con ocasión del matrimonio.....	46
3.2.3.- Donaciones por causa de muerte ( <i>mortis causa</i> ) y por acto <i>inter vivos</i> .....	46
3.3.- Extinción de las donaciones .....	48
3.3.1.- Nulidad .....	48
3.3.2.- Resolución .....	48
3.3.3.- Revocación .....	49

## **Tema II: Contratos traslativos del derecho al uso o disfrute.....** 51

1.- Arrendamiento .....	51
1.1.- Capacidad para contratar el arrendamiento.....	51
1.2.- El objeto del arrendamiento .....	52
1.3.- Duración .....	53
1.4.- La forma .....	54
1.5.- La renta o el precio .....	54
1.6.- Arrendamiento de cosas .....	54
1.6.1.- Principales obligaciones del arrendador.....	54
1.6.2.- Principales obligaciones del arrendatario.....	55
1.6.3.- Arrendamiento de fincas urbanas.....	56
1.6.4.- Arrendamiento de fincas rústicas.....	56
1.6.5.- Arrendamiento de bienes muebles.....	56
1.7.- Arrendamiento de servicio u obra (remisión).....	57
1.8.- Extinción del contrato de arrendamiento .....	57
2.- El mutuo o préstamo de consumo .....	58
2.1.- El interés legal o consensual .....	59
2.2.- Plazo para la restitución .....	60
2.3.- Anatocismo .....	61
3.- El comodato o préstamo de uso .....	61
3.1.- Características de los bienes que se entregan .....	63
3.2.- Duración .....	63
3.3.- Obligaciones del comodatario .....	64
3.4.- Obligaciones del comodante .....	64
3.5.- Ausencia del derecho legal de retención .....	64

<b>Tema III: Contratos de gestión</b> .....	65
1.- El mandato .....	65
1.1.- Capacidad .....	65

1.2.- Forma	66
1.3.- Obligaciones y prohibiciones del mandatario.....	66
1.4.- Obligaciones del mandante	68
1.5.- Mandato y representación	69
1.6.- Clases de mandato.	70
1.6.1.- Generalísimo	70
1.6.2.- General	71
1.6.3.- Especial	71
1.6.4.- Especialísimo	72
1.7.- Extinción del mandato	72
 2.- La sociedad	 73
2.1.- Elementos de la sociedad.	73
2.1.1.- Capacidad	73
2.1.2.- Constitución de un fondo en común.....	74
2.1.3.- Reparto de utilidades	74
2.1.4.- Objeto social	74
2.2.- Clases de sociedades	75
2.2.1.- Sociedades civiles y mercantiles	75
2.2.2.- Sociedades universales y singulares.....	75
2.3.- Derechos y obligaciones de los socios	76
2.4.- Disolución de la sociedad	77
 <b>Tema IV: Contratos de custodia</b>	 80
1.- El depósito	80
1.1.- Capacidad	81
1.2.- Clases de depósito	81
1.3.- Obligaciones del depositario	82
1.4.- Obligaciones del depositante	84
 <b>Tema V: Contratos de garantía</b>	 85
1.- La prenda posesoria	85
1.1.- Características esenciales	85
1.2.- Sujetos	86
1.3.- Contenido	87
1.4.- Clases de prenda	87
1.5.- Extinción de la prenda	88
2.- Garantía personal: la fianza	89
2.1.- Obligación fiada	90
2.2.- Clases de fianza	91
2.3.- Forma	92
2.4.- Acción de reembolso y acción subrogatoria.....	93
2.5.- Extinción de la fianza	94

3.- La hipoteca	94
3.1.- Características principales	95
3.2.- Clases de hipoteca	96
3.3.- Efectos más importantes de la hipoteca	96
3.4.-Extinción de la hipoteca	98
4.- La anticresis	99
4.1.- Objeto	99
4.2.- Capacidad	100
4.3.- Efectos entre las partes	100
4.3.1.- Derechos del acreedor anticresista.....	100
4.3.2.- Obligaciones del acreedor anticresista.....	102
4.3.3.- Derechos y obligaciones del deudor anticresista.....	102
4.4.- Clases de anticresis	103
4.5.- Extinción de la anticresis	103
<b>Tema VI: Contratos aleatorios</b>	104
1.- El seguro	104
1.1.- Régimen legal	104
1.2.- Las partes que intervienen en el contrato de seguro.....	106
1.3.- La póliza	106
2.- El juego y la apuesta.	107
2.1.- El juego.	107
2.2.- La apuesta	107
2.3.- Diferencia entre ellos	107
2.4.- Los juegos ilícitos	108
2.5.- Prohibición de repetir lo pagado	109
2.6.- La compensación y novación en los juegos prohibidos .....	109
3.- La renta vitalicia	110
3.1.- Las partes	110
3.2.- Críticas	111
3.3.- Extinción del contrato de renta vitalicia	111
4.- La compra de esperanza	112
<b>Tema VII: Contratos relativos sobre la decisión de controversias.....</b>	113
1.- La transacción	113
1.1.- Presupuesto, fin y medio de la transacción.....	113
1.2.- Clases y contenido	114
1.3.- Capacidad	115
1.4.- Naturaleza jurídica	115
1.5.- Efectos de la transacción	117
1.6.- Invalidez de la transacción	118



2.- El convenio arbitral: La mediación y el arbitraje .....	120
2.1.- La Mediación .....	120
2.2.- El arbitraje .....	125
2.3.- Naturaleza jurídica .....	126
2.4.- El objeto del arbitraje y materias excluidas.....	126
2.5.- La forma .....	128
2.6.- Capacidad y legitimación .....	128
2.7.- Clases de arbitrajes .....	129
2.8.- El contenido .....	129
2.9.- Los árbitros: requisitos .....	131
2.10.- El laudo arbitral .....	131

## ★ Tema VIII: El contrato de cesión de Derechos .....

1.- Generalidades .....	133
2.- La cesión de créditos personales .....	133
2.1.- Concepto .....	133
2.2.- Ventajas .....	134
2.3.- Partes .....	134
2.4.- Supletoriedad de las reglas de la compraventa y la donación.....	134
2.5.- Eficacia .....	135
2.5.1.- Libertad de forma .....	135
2.5.2.- Notificación .....	136
2.5.3.- Titularidad y disponibilidad del derecho de crédito.....	136
2.6.- Subsistencia de la obligación y de las relaciones accesorias en idénticos términos .....	137
2.7.- Las relaciones entre cedente y cesionario .....	137

## Tema IX: Contratos atípicos .....

1.- El contrato de franquicia ( <i>Franchising</i> ) .....	139
1.1.- Antecedentes .....	139
1.2.- Concepto .....	140
1.3.- Naturaleza jurídica y características .....	140
1.4.- Clases .....	141
1.4.1.- La franquicia de servicios .....	141
1.4.2.- La franquicia de fabricación o producción.....	142
1.4.3.- La franquicia de distribución .....	142
1.4.3.1.- Franquicia de <i>corner</i> .....	142
1.4.3.2.- Master franquicia principal o contrato de franquicia .....	142
1.4.3.3.- Franquicia asociativa .....	143
1.5.- Derecho y obligaciones de las partes .....	143
1.5.1.- Del Franquiciante .....	143
1.5.2.- Del Franquiciado .....	145

1.6.- Extinción del contrato	146
2.- El contrato de <i>know-how</i>	147
2.1.- Antecedentes	147
2.2.- Concepto	147
2.3.- Importancia	148
2.4.- Caracteres y naturaleza jurídica	148
2.5.- Derechos y obligaciones de las partes	150
2.5.1.- De parte del licenciante o transmitente.....	150
A) Obligación de suministrar el <i>Know how</i> .....	150
B) Asistencia técnica	150
C) Obligación de garantizar los resultados.....	150
D) Pacto de exclusiva	151
E) Obligaciones de saneamiento	151
2.5.2.-De parte del adquirente	151
2.6.- Extinción del contrato <i>know how</i>	152
3.- El contrato de arrendamiento financiero ( <i>leasing</i> )	152
3.1.- Concepto	152
3.2.- Sujetos	153
3.3.- Naturaleza jurídica	154
3.4.- Obligaciones de las partes	155
3.5.- Extinción	155
4.- Contrato de <i>Joint venture</i>	156
4.1.- Concepto	156
4.2.- Clases	157
4.3.- Utilidad	158
4.4.- Naturaleza jurídica	160
4.5.- Características	161
4.6.- Extinción	161
5.- El contrato de suministro	162
5.1.- Concepto	162
5.2.- Naturaleza jurídica	163
5.3.- Extinción	164
6.- El contrato de <i>Factoring</i> (factoraje)	164
6.1.- Concepto y funciones	164
6.2.- Contenido	165
6.3.- Extinción	166
<b>Bibliografía</b>	167

## Introducción

Los contratos en particular constituye una materia indispensable para la formación jurídica del ciudadano en general y en especial para el estudioso del Derecho; ciertamente, la materia convencional está presente en la cotidianeidad de la vida de los seres humanos, por ejemplo, cada vez que abordamos un taxi o un autobús efectuamos un contrato de transporte; cuando acudimos a una pulpería, un supermercado o una tienda de electrodomésticos para adquirir productos, hacemos un contrato de compraventa; cuando contamos con los servicios profesionales de un médico, abogado, arquitecto, etc., estamos frente a un contrato de arrendamientos de obras o servicios. De manera que esta materia contractual representa un vivo reflejo de aquella frase que nos dice que "El derecho es una expresión de la vida misma", es decir, el derecho nace de la evolución de la sociedad, la ordena y la regula. Consecuentemente, con el propósito de comprender la trascendencia que implica subsumir esta realidad social en la tipología contractual, de previo, es necesario estudiar la esencia y características de cada uno de los esquemas contractuales.

Sin embargo, para aprehender la magnitud y relevancia actual de las diferentes figuras contractuales es necesario remontarse a sus orígenes romanos y asimilar las transformaciones experimentadas dentro de su proceso evolutivo; solo mediante un debido estudio de este devenir histórico se logra interpretar las connotaciones actuales y el régimen legal de importantes figuras contractuales como los contratos de compraventa, donación, arrendamiento, depósito, sociedad, etc.

El tema convencional adquiere una mayúscula trascendencia por existir una relación directamente proporcional entre la cantidad y entidad de los contratos que se efectúan y el desarrollo económico de un país, de manera que entre más transacciones contractuales se realicen, más se dinamiza la economía de una país. Así, en la medida en que se fortalezcan los conocimientos de las diferentes clases de

contratos que surcan nuestro tráfico negocial, se procurará una mayor seguridad jurídica entre los diferentes operadores económicos, que indudablemente estimulará el flujo de intercambios patrimoniales y de servicios.

Por otra parte, dentro de la praxis convencional, queremos destacar el papel que desempeñan los contratos civiles con fuente integradora del derecho; así, de igual manera que el Derecho civil o derecho común, sirve de fuente para suplir los vacíos en las otras ramas del Derecho, los contratos civiles complementan las lagunas que pueden adolecer su pares en otras áreas del derecho; por ejemplo, la compraventa, paradigma de los contratos, por ser el convenio mejor regulado en la legislación posee normas que informan a toda la materia del Derecho de contratos.

Junto a los contratos civiles, no podemos obviar el auge que experimental los contratos atípicos, con contraste con el aspecto estático en cierta forma anquilosado de las figuras contractuales típicas, los contratos atípicos vienen a dar a efectiva respuesta a la celeridad con que se desenvuelve el tráfico comercial, fundamentados en el principio de la autonomía de la voluntad implícito en el art. art. 2437 del C: “Los contratantes pueden establecer, los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

La presente obra está estructurada conforme el programa de Derecho de contratos II de la Facultad de Derecho de la Universidad Centroamericana; por lo tanto, constituye un modesto aporte con propósito de facilitarles a los alumnos de esta casa de estudio y de cualquier otra, los conocimientos básicos para la comprensión y estudio de la materia.



# **Tema I: Contratos traslativos del Derecho de propiedad.**

## **1.- Compraventa.**

### **1.1.- Concepto, importancia y caracteres.**

El art. 2530 C define a esta clase de negocios jurídicos en el siguiente sentido: "La compra venta es un contrato por el cual una de las partes transfiere a otra el dominio de cosas determinadas por un precio cierto".

La definición que proporciona este precepto se refiere al intercambio de cosas por precio; pero, en realidad, la compraventa puede ser sobre derechos (p. ej.: A vende a B el usufructo que le corresponde sobre una finca)<sup>1</sup>.

Dentro de los contratos traslativos del dominio, el más representativo de ellos o, mejor dicho, el paradigma de todos los contratos, es representado por el de compraventa en el que se refleja diáfananamente la esencia propia de esta clase del Derecho: servir al intercambio de bienes y servicios<sup>2</sup>. Para sintetizar su importancia recurrimos al jurista LACRUZ BERDEJO quien nos dice:

"... en el aspecto económico-social, en cuanto que es el principal medio de cambio de bienes, y en ese sentido puede decirse que es el contrato más importante, y el más frecuente en la vida diaria y el orden práctico. Y también en el orden jurídico, donde es el prototipo de los contratos sinalagmáticos y onerosos, y al que más extensión dedica nuestro Cc. [Código civil] (y casi todos los ordenamientos), en cuya regulación se incluyen tópicos o materias que no son exclusivos suyos (como el régimen

---

<sup>1</sup> En este sentido no dice el jurista español ESPÍN CANOVAS: "Siendo posible en nuestro Derecho la venta de cosas y otros derechos distintos de la propiedad sobre aquéllas, la noción de la misma deberá comprender ampliamente al ámbito objetivo de este contrato, de finalidad esencialmente traslativa bien se refiera a cosas o a derechos distintos de la propiedad sobre éstas". D. ESPÍN CANOVAS, *Manual de Derecho civil español*, vol. III: "Obligaciones y contratos", 6º edic., revisada y ampliada conforme a la Constitución y leyes de la reforma del Código civil, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, España, 1983, p. 554.

<sup>2</sup> J. J. GUZMÁN GARCÍA y J. J. HERRERA ESPINOZA, *Contratos civiles y mercantiles*, Helios, Managua, 2006, p. 183.

de la entrega de la cosa, o del saneamiento por evicción o por vicios ocultos), que se aplica a otros contratos o instituciones. Por ser paradigma del contrato sinalagmático de adquisición de cosas o derechos, se aplican sus preceptos, en principio (y con las precisas adaptaciones) a cualquier supuesto de tal contrato. En cambio, solo rige subsidiariamente para la compraventa mercantil<sup>3</sup>.

Entre los caracteres de esta clase de contratos destacamos:

a) Es *bilateral* o sinalagmático porque surgen obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes.

b) Es *oneroso* porque el beneficio que obtiene una parte implica el sacrificio de desplazamiento patrimonial, es decir, hay un intercambio de prestaciones (cosa por precio).

c) Es *conmutativo* porque la obligación principal que una parte asume se considera como equivalente de la que la otra a su vez contrae, además ambas prestaciones están previamente determinadas. Pero en ciertos casos puede ser aleatorio, ej. venta de la cosa futura o la venta a riesgo del comprador (art. 2571 C)<sup>4</sup>.

d) Es *consensual* porque en general se perfecciona por el mero consentimiento (art. 2540 C)<sup>5</sup>, en principio si necesidad de forma especial ni de *datio rei* (entrega de la cosa), aunque ya sabemos que en determinados casos es un

---

<sup>3</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil*, t. II: "Derecho de obligaciones", vol. II: "Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito", 2ª edic., revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ, Dykinson, Madrid, 2002, p. 4.

<sup>4</sup> Art. 2571 C: "Cuando se vendan cosas futuras, tomando el comprador sobre sí el riesgo de que no llegaran a existir en su totalidad, o en cualquiera cantidad, o cuando se venden cosas existentes, pero sujetas a algún riesgo, tomando el comprador sobre sí ese peligro, la venta será aleatoria".

<sup>5</sup> Art. 2540 C: "La venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato, y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado".

contrato formal que requiere por ej. su constitución en escritura pública ( arts. 2483.1 y 2534 C)<sup>6</sup>. Y las partes, una vez perfeccionado el consentimiento, podrán compelerse a la entrega de la escritura (art. 2481)<sup>7</sup>.

e) Es un contrato *principal*, no necesita de otro para subsistir como sucede con la fianza, la prenda y la hipoteca.

f) Es un contrato típico por que se encuentra regulado por la ley.

## **1.2.- La Transmisión del dominio en la compraventa**

Al hablar de este tema nos encontramos con dos sistemas diametralmente opuestos, la teoría consensualista y la romanista-germana. Para la primera, representada por el Código francés<sup>8</sup>, el dominio se configura con la concertación de voluntades entre el vendedor que transmite la cosa (*tradens*) y el comprador (*accipiens*) que adquiere la cosa a cambio del precio; de manera que se puede ser propietario por el simple acuerdo de voluntades aunque aún no se haya obtenido físicamente el objeto de la compraventa. Por el contrario, para el sistema romanista y el alemán, no basta el consentimiento plasmado en un contrato para que nazca el dominio, sino que además se requiere tradición o transmisión del bien objeto de

---

<sup>6</sup> Art. 2483 C: "Deberán constar en instrumento público: 1º Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles". Art. 2534 C: "Los contratos de compra y venta de bienes raíces se otorgarán por escritura pública, la cual se inscribirá en el competente Registro de la Propiedad inmueble".

<sup>7</sup> Art. 2481 C: "Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiere intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez".

<sup>8</sup> Cuyo art. 1583 del Código civil de Napoleón dispone: "Será perfecta entre las partes [la venta], y la propiedad quedará adquirida de derecho por el comprador, respecto del vendedor, desde el momento en que se convenga en la cosa y en el precio, aunque la primera no se haya entregado ni pagado el segundo".

compraventa; por esta razón, a este último se le conoce también como sistema del “título” (el contrato) y el “modo” (la efectiva transmisión)<sup>9</sup>.

Cabe preguntarse qué sistema acoge nuestro Código civil, lamentablemente frente a esta interrogante no se puede proporcionar una respuesta unívoca puesto que nuestros legisladores conjugaron y superpusieron artículos opuestos tomados de códigos que seguían uno u otro de los sistemas recién relacionados. Así, por ejemplo, normas como el art. 616.1 C<sup>10</sup> y los ya citados preceptos 2530 y 2540 C, parecen entrever un acogimiento del sistema consensualista; por otro lado, reglas como la los arts. 2534 y 3936 C claramente se encuadran a la teoría del título y el modo<sup>11</sup>. Nuestra doctrina igualmente se encuentra dividida entre ambos posicionamientos; por ejemplo, para el magistrado ESCOBAR FORNOS, la compraventa transmite el dominio<sup>12</sup>, en cambio, para los juristas GUZMAN GARCÍA y HERRERA ESPINOZA, el dominio, como el derecho real más perfecto, no puede entenderse totalmente nacido de la simple conjunción de voluntades y es necesario para su nacimiento la dación; lo único que nace del contrato de compraventa es el derecho a exigir la entrega<sup>13</sup>. Nosotros optamos por una posición ecléctica, de manera que la regla general la establece el art. 2530 en el sentido que la compraventa transmite el dominio en el caso de los bienes muebles, pero la excepción está consagrada con respecto a la compraventa de bienes inmuebles, que para poder transferir el dominio debe hacerse en escritura pública (arts. 2483.1 y 2534 C) y debe

---

<sup>9</sup> Un paradigmático ejemplo de esta doctrina se plasma en el art. 609 del Código civil español que dice: “La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y se transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición”.

<sup>10</sup> Art. 616.1 C: “Todo individuo es libre de disponer de sus propiedades sin restricción alguna, por venta, donación, testamento o cualquiera otro título legal”.

<sup>11</sup> Art. 3936 C: “Se efectuará la tradición del dominio de los **bienes raíces**, lo mismo que el de las naves, por la inscripción del título en el Registro de la Propiedad”. Ver también art. 2534 C: “Los contratos de compra y venta de bienes raíces se otorgarán por escritura pública, la cual se inscribirá en el competente Registro de la Propiedad inmueble”.

<sup>12</sup> I. ESCOBAR FORNOS, *Contratos*, t. I, Universidad centroamericana, Managua, 1991, p. 5.

<sup>13</sup> J. J. GUZMÁN GARCÍA y J. J. HERRERA ESPINOZA, *Contratos...*, *op. cit.*, nota 2, pp.187-188.

entregarse el bien e inscribirse en el competente registro público de la propiedad (art. 3963 C).

### **1.3.- Elementos de la compraventa.**

Los elementos de esta categoría contractual consisten en sujetos, objeto y precio.

#### **1.3.1.- Sujetos (capacidad y prohibiciones para contratar).**

Las partes involucradas en el contrato de compraventa son: el vendedor, que se obliga a entregar la cosa o derecho; y el comprador, que se compromete a pagar el precio. Con respecto a la capacidad de las partes para contratar o, más técnicamente, capacidad de obrar o de ejercicio, de forma general el art. 2564 C preceptúa que "podrán celebrar el contrato de compra y venta todas las personas a quienes el código autoriza para obligarse; y que además el vendedor tenga dominio y libre disposición en las cosas que han de ser la materia del contrato". Resulta lógico que para vender legalmente se necesita tener dominio y tener libre disposición sobre el bien objeto del contrato. Quien sin tener el dominio de una cosa la vende, celebraría un contrato con nulo, por más capacidad que para obligarse tuviera. La venta tiene por finalidad la transmisión del dominio de una cosa o derecho, y quien no lo tiene (el dominio) no puede transmitir nada. El art. 2568 C prohíbe expresamente la venta de la cosa ajena.

Hay que aclarar que la venta de una cosa ajena es nula con nulidad relativa, de tal manera que el contrato podrá consolidarse por ratificación que hiciere el propietario o porque el vendedor con posterioridad hubiere venido a ser sucesor universal o singular del propietario de la cosa vendida (art. 2568 C)<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Art. 2568 C: "Las cosas ajenas no pueden venderse. El que hubiere vendido cosas ajenas, aunque fuere de buena fe, debe satisfacer al comprador las **pérdidas e intereses** que le resultaren

El art. 2565 C establece ciertas prohibiciones para comprar y la idea general que prevalece en estos casos es que nadie puede disponer lo que no es suyo y menos aun cuando tiene la administración de ciertos bienes ajenos en razón a su cargo. En este sentido se les prohíbe a guardadores, mandatarios, albaceas, empleados públicos, funcionarios judiciales, abogados y los padres apropiarse de los bienes a ellos confiados.

### 1.3.2.- Objeto del contrato.

No perdamos de vista que el objeto del contrato ha de ser posible, lícito, determinado y estar dentro del comercio de los hombres (arts. 2474-2478 C)<sup>15</sup>; el Código civil entre los arts. 2566 y 2574 establece más especificaciones en cuanto al objeto. Así, el art. 2566 C dice, "Pueden venderse todas las cosas que pueden ser objeto de contratos aunque sean cosas futuras, siempre que su enajenación no sea prohibida". Ejemplos de esta prohibición son la venta de la herencia futura (artos. 934 y 2734 y 2473. 2C<sup>16</sup>) y tampoco se permite vender las cosas públicas descritas en el art. 611 C y la venta de ganados y animales que padezcan enfermedades

---

de la anulación del contrato, si dicho comprador hubiere ignorado que la cosa era ajena. El vendedor después que hubiere entregado la cosa, no puede demandar la nulidad de la venta, ni la restitución de la cosa. Si el comprador sabía que la **cosa era ajena, no podrá pedir la restitución del precio. La nulidad** de la venta de cosa ajena, **es relativa; y por consiguiente**, queda cubierta por la ratificación que de ella hiciere el propietario. Queda también cubierta cuando el vendedor ulteriormente hubiere venido a ser sucesor universal o singular del propietario de la cosa vendida."

<sup>15</sup> Art. 2474 C: "No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles". Art. 2475 C: "El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes". Art. 2476 C: "Es nulo el contrato cuyo objeto no sea física y legalmente posible". Art. 2477 C: "En los contratos sólo se considera como físicamente imposible lo que lo sea con relación absoluta al objeto del contrato, pero no a la persona que se obliga. Art. 2478 C: "Tampoco pueden ser objeto de contrato las cosas o actos que no se puedan reducir a un valor exigible, ni los actos contrarios a la moral pública o a las obligaciones impuestas por la ley.

<sup>16</sup> Art. 934 C: "La sucesión de una persona se abre por la muerte de ella. Nada podrá estipularse sobre los derechos a la sucesión de una persona, mientras ésta viva, aunque ella consienta...". Art. 2734: "El derecho a una herencia no puede venderse, cederse ni traspasarse, mientras viva la persona de quien se espera la herencia". 2473.2: "Sobre la herencia futura no se podrá sin embargo celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al art. 1358".

contagiosas (art. 2654 C)<sup>17</sup>. La circunstancia de ser objeto de compraventa una cosa futura, como una cosecha pendiente, supone que si no llega a tener existencia, el vendedor no cumplirá con su obligación de entrega, quedando sin causa la obligación del comprador de pagar el precio, por lo que se eximirá de su cumplimiento<sup>18</sup>.

Se considera como indeterminada la cosa vendida cuando se vendieron todos los bienes presentes o futuros o una parte de ellos (art. 2573 C)<sup>118 bis</sup>.

Resulta obvio que es indispensable la existencia de la cosa objeto del contrato, así el art. 2567 C dice que "Si la cosa hubiera dejado de existir al formarse el contrato, queda éste sin efecto alguno". Es decir, hay inexistencia del contrato por inexistencia del objeto.

En caso de que la pérdida del objeto sea parcial, el comprador podrá optar entre dejar sin efecto el contrato o reclamar la parte existente, abonando su precio en proporción al total convenido (parte *in fine* del art. 2567 C)<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Art. 2654 C: "No serán objeto del contrato de venta los ganados y animales que padezcan enfermedades contagiosas. Cualquier contrato que se hiciere respecto de ellos será nulo.

"También será nulo el contrato de venta de los ganados y animales, si, expresándose en el mismo contrato el servicio o uso para que se adquieren, resultaren inútiles para prestarlo".

<sup>18</sup> L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II: "El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasicontratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual", 2ª reimpresión de la 9ª edic., Tecnos, Madrid, 2002, p. 261.

<sup>18 bis</sup> Art. 2573 C: "Se juzgará indeterminable la cosa vendida, cuando se vendieren todos los bienes presentes o futuros, o una parte de ellos". Comentando este precepto nos dice el jurista CUADRA ZAVALA: "La ley no acepta los contratos a título universal, esto es, los que versan sobre todo el patrimonio, porque considera que éste es inseparable de la persona y porque no cree posible que una persona se despoje de todos sus bienes. Lo mismo es en las donaciones y en la sociedad (2776, 3186 C). Pero se pueden vender todos los bienes de una persona enumerándolos.

"No hay determinación del objeto en las en las cosas universales, y esta es una de las razones por las cuales la ley ha prohibido estos contratos. Si A vende a B todos sus animales que tiene o pueda tener, aunque la venta se refiera a cierto género, hay una venta a título universal y por consiguiente el objeto es indeterminado, pues no han sido precisados los animales que se venden que pueden ser aves, mamíferos, etc. J. CUADRA ZAVALA, *Anotaciones al Código civil de Nicaragua*, t. II, Hispamer, Managua, 2004, p. 372

<sup>19</sup> Parte *in fine* del art. 2567 C: "...Si sólo una parte de la cosa hubiere perecido, el comprador puede dejar sin efecto el contrato, o demandar la parte que existiere, reduciéndose el precio en proporción de esta parte a la cosa entera".

Ya hemos mencionado que pueden ser objeto del contrato no solo cosas materiales o corporales sino que también las inmateriales o incorporeales como los Derechos reales y de crédito (usufructo, derechos de autor, de marcas, patente, cesión de créditos, etc).

### **1.3.3.- El precio.**

Consiste en el valor pecuniario en que se estima una cosa; y es el pago que realiza el comprador a cambio de la cosa que recibe.

El precio es el elemento más característico de la compraventa: elemento que si, por una parte, la identifica como contrato oneroso, por otra lado, la distingue de otros de esta clase en los que difiere la contraprestación (por ejemplo, de la permuta, en donde el cambio es de cosa por cosa, o del contrato en que se cambia una cosa por una prestación de hacer). Por otra parte, el precio no es exclusivo de la compraventa, pues recibe también ese nombre la contraprestación en el contrato de arriendo de cosas, servicios u obras<sup>20</sup>.

En principio, las partes tienen plena libertad para fijar el precio, excepto en el caso de los productos con precio tasado, ej. los medicamentos (art. 5 LDC)<sup>21</sup>. "El señalamiento del precio no podrá dejarse al arbitrio de uno de los contratantes" (art. 2539 C)<sup>22</sup>; porque si así fuera, se violentaría la norma ya citada que establece que el

---

<sup>20</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil*, t. II: "Derecho de..."; *op. cit.*, nota 3, p. 16.

<sup>21</sup> Art. 5 LDC: "La importación, producción y comercialización de medicamentos de consumo humano deberá ser reguladas por el Poder Ejecutivo. El control de calidad y precios de estos productos deberán ser parte de estas regulaciones".

<sup>22</sup> Art. 2539 C: "El señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". Pero en materia mercantil es bastante frecuente que se celebren "ventas a precio fijo", donde es el vendedor el que determina el precio, sin posibilidad de que su contraparte lo discuta, quedando el comprador, eso sí, en plena libertad de celebrar o no la compraventa". <sup>22</sup> M. VÉRGEZ, "Compraventa mercantil y contrato de permuta" en *Contratos Mercantiles*, dirigida por ALBERTO



cumplimiento del contrato no puede dejarse al arbitrio exclusivo de una de las partes (art. 2438 C)<sup>23</sup>.

### **1.3.3.1.- Requisitos del precio.**

**A.- Precio real o verdadero:** según este requisito, para que haya compraventa debe haber un precio auténtico, no simulado, de lo contrario la venta sería nula como sanción de la simulación o por ausencia o ilicitud de la causa (STS español de 26 de abril de 1956 y 16 de octubre de 1965). Cuando el precio, aun real, representa solo una porción del valor de la cosa, y sea intención de las partes que en cuanto al resto sea tenido como donación, estaremos ante un *negotium mixtum cum donacione*, o una donación indirecta<sup>24</sup>.

**B.- Precio determinado o determinable:** Se ha mencionado que el art. 2530 C indica que el precio debe ser cierto; esto significa que debe ser determinado con claridad o que al menos sea determinable con respecto al valor de otra cosa cierta (determinación objetiva); también el precio puede ser establecido por otra persona (determinación subjetiva). Si esta no pudiere o no quisiere señalarlo, quedará ineficaz el contrato (art. 2537 C)<sup>25</sup>.

---

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (director) y MARÍA ÁNGELES CALZADA CONDE (directora adjunta), Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 82.

<sup>23</sup> Art. 2438 C: "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

<sup>24</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil*, t. II: "Derecho de...", *op. cit.*, nota 3, p. 17.

<sup>25</sup> Art. 2537 C: "Para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada.

'Si ésta no pudiere o no quisiere señalarlo, quedará ineficaz el contrato".

También es cierto el precio cuando se hace tomando como referencia a valores de bienes en determinado día, bolsa o mercado o se fije un tanto mayor o menor que el precio del día, bolsa o mercado (art. 2538 C)<sup>26</sup>.

Cuando el precio de la venta consista parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención de las partes (ej. permuta o compraventa) pero, si no existe tal calificación se considerará permuta si el valor de la cosa excede al valor del dinero o su equivalente (como un cheque); en caso contrario, es decir, que el valor del dinero exceda al valor de la cosa, se considerará venta. (art. 2536 C)<sup>27</sup>.

Según la jurisprudencia española la inexistencia del precio implica la ausencia de causa y ocasiona la nulidad absoluta del negocio<sup>28</sup>.

#### **1.4.- Las arras.**

El contrato de compraventa se perfecciona cuando las partes hayan convenido el precio y la cosa objeto del contrato aunque ninguno de ellos se haya entregado (art. 2540 C). Entonces, antes del intercambio de cosa y precio, se puede dar un adelanto o una señal como muestra o garantía de que algo se va a llevar a cabo. Pues este adelanto o señal es técnicamente conocido como arras. Este es el sentido que se le atribuye las monedas que el novio entrega a la novia en el matrimonio, llamadas arras. Existen varios tipos de arras<sup>29</sup>:

---

<sup>26</sup> Art. 2538 C: "También se tendrá por cierto el precio en la venta de valores, granos, líquidos y demás consumibles, cuando se señale el que la cosa vendida tuviere en determinado día, bolsa o mercado, o se fije un tanto mayor o menor que el precio del día, bolsa o mercado, con tal que sea cierto".

<sup>27</sup> Art. 2536 C: "Si el precio de la venta consistiere parte en dinero o **valores** y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio, excede al del dinero o su equivalente; y por venta, en el caso contrario".

<sup>28</sup> J. L LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil*, t. II: "Derecho de...", *op. cit.*, nota 3, p. 16.

<sup>29</sup> J. GUZMÁN GARCÍA y J. J. HERRERA ESPINOZA, *Contratos...*, *op. cit.*, nota 2, p. 197-198

**1.4.1.- Arras penitenciales:** despliegan su efectos en caso de que se incumpla la obligación, permitiendo a las partes dar por liquidada la obligación; así, el art. 2557 C establece que "Si hubieren mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindirse el contrato, allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas".

Cuando se produce la resolución del contrato por falta de pago del precio, el vendedor tiene la opción de retenerlas o exigir su entrega al comprador dobladas, es decir, con el cien por cien más de su valor. Por su parte, el comprador tiene derecho a exigir la devolución de la parte del precio que ya había adelantado (art. 2664 C).

**1.4.2.- Arras confirmatorias:** son aquellas en las que se entrega una suma de dinero como prueba de perfección del contrato; en este sentido el art. 361 del Código de comercio presupone que "la entrega de una suma de dinero en concepto de arras se reputará siempre dadas a cuenta del precio y en prueba de la ratificación del contrato, salvo pacto en contrario". Si el obligado cumple, habrá un simple imputación al precio (o procederá la devolución del objeto); en cambio, si incumple, la arras se destinarán a la indemnización de daños y perjuicios, pero no se pierden automáticamente<sup>30</sup>.

**1.4.3.- Arras penales:** en esta categoría de arras, de origen doctrinal, ante el incumplimiento de la obligación se pierde o se devuelve doblado lo que se ha dado como señal, pero con la salvedad que no da lugar a la resolución del contrato y se permite la exigibilidad de su cumplimiento, incluso, por la vía judicial.

---

<sup>30</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO y otros y otros *Elementos de Derecho civil*, t. II: "Derecho de obligaciones", vol. I: "Parte general, Teoría general del contrato", 3ª edic., revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ, Dykinson, Madrid, España, 2003, p. 253.

## **1.5.- Efectos de la compraventa.**

Este contrato de compraventa, como todo contrato bilateral o sinalagmático que establece obligaciones recíprocas entre las partes, tiene como obligación principal la entrega de la cosa, por el vendedor, y el pago del precio, por el comprador. De esta obligación principal se derivan obligaciones particulares que a continuación detallamos.

### **1.5.1.- Entrega de la cosa.**

El vendedor tiene la obligación de entregar la cosa objeto del contrato. Así, el art. 2582 C establece que "El vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa, objeto de la venta". De esta manera se pone en posesión del comprador para que pueda disfrutar la cosa vendida.

También el vendedor debe entregar la cosa con todos sus accesorios como llaves, aumentos y frutos que se produzcan después de la fecha fijada para la entrega (art. 2584 C)<sup>31</sup>.

La entrega de la cosa debe hacerse en el lugar convenido y si no acordaron ningún lugar, deberá realizarse en el sitio en que se encontraba la cosa en la época de celebración del contrato (art. 2585.1 C)<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Art. 2584 C: "El vendedor debe entregar junto con la cosa los accesorios de ella, como las llaves de los edificios, los aumentos que haya tenido después de la venta y **los frutos producidos después de la fecha fijada para la entrega**".

<sup>32</sup> Art. 2585 C: "La entrega debe hacerse en el lugar convenido, y si no hubiere lugar designado, en el lugar en que se encontraba la cosa vendida, en la época del contrato".

### **1.5.2.- Conservación de la cosa.**

El vendedor también está obligado a conservar la cosa tal como se hallaba al tiempo de celebrarse el contrato sin cambiar su estado hasta que la entregue al comprador (art. 2583 C)<sup>33</sup>. Como consecuencia, de este precepto y del art. 2590 C, el vendedor debe realizar a su cargo los gastos de conservación y de entrega de la cosa, salvo pacto en contrario<sup>34</sup>.

### **1.5.3.- Pago del precio.**

Este es la principal obligación del comprador (art. 2660 C)<sup>35</sup> y si no lo hiciere, de conformidad con el art. 2593 C: "El vendedor no está obligado a entregar la cosa vendida si el comprador no le hubiere pagado el precio". Tampoco el vendedor está obligado a entregar la cosa si existiendo un plazo para el pago de la cosa, el comprador cae en estado de insolvencia, excepto si rindiese garantía (art. 2594 C)<sup>36</sup>.

El pago del precio deberá hacerse en el lugar y el tiempo estipulado o en el lugar en que se encontraba la cosa vendida en la época del contrato, si no hubieren acordado otra cosa (art. 2661.1 y art. 2585.1 C)<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> Art. 2583 C: "El vendedor no puede cambiar el estado de la cosa vendida, y está obligado a conservarla tal como se hallaba al tiempo del contrato, hasta que la entregue al comprador".

<sup>34</sup> Art. 2590 C: "El vendedor debe satisfacer los gastos de la entrega de la cosa vendida, si no hubiere pacto en contrario".

<sup>35</sup> Art. 2660 C: "La principal obligación del comprador es la de pagar el precio convenido".

<sup>36</sup> Art. 2594 C: "Tampoco está obligado a entregar la cosa, cuando hubiere concedido un término para el pago, si después de la venta, el comprador se halla en estado de insolvencia, salvo si afianzare de pagar en el plazo convenido".

<sup>37</sup> Art. 2585.1 C: "La entrega debe hacerse en el lugar convenido, y si no hubiere lugar designado, en el lugar en que se encontraba la cosa vendida, en la época del contrato". Art. 2661.1 C: "El precio deberá pagarse en el lugar y el tiempo estipulados, o en el lugar y el tiempo de la entrega, no habiendo estipulación en contrario".

Si el comprador estuviere en mora por no pagar el precio, el vendedor tiene derecho a exigir el pago o pedir la resolución del contrato con resarcimiento de los perjuicios (art. 2662 C)<sup>38</sup>. Pero en el caso de venta de bienes muebles, la falta de pago no autoriza al vendedor a solicitar la resolución del contrato sino a exigir el precio con los intereses moratorios (art. 2665 C)<sup>39</sup>.

Según el art. 2666 C, cuando la venta sea de un inmueble, la resolución del contrato por no haberse pagado el precio, no da derecho al vendedor contra terceros poseedores (que a su vez han adquirido del primer comprador que no pagó su precio), excepto cuando en la escritura pública de la primera enajenación se haya establecido un pacto comisorio, que es una cláusula que establece la resolución del contrato por incumplimiento por falta de pago. De tal manera que, existiendo dicho pacto, la segunda transmisión a los terceros poseedores queda sin efecto.

#### **1.5.4.- El saneamiento.**

El saneamiento –hacer la cosa sana– implica que como la cosa no se entregó como se debería haber entregado (ej. se vende una propiedad como libre de gravamen cuando en realidad tiene una hipoteca o cuando se vende un carro como si estuviera en perfecto estado mecánico cuando en realidad no lo está), el vendedor responde por no entregar la cosa o el derecho como se debía, con la obligación de sanear el objeto de la compraventa. El saneamiento es una garantía o afianzamiento a favor de comprador en el sentido que el vendedor le indemnizará en caso de que se vea perturbado el goce de la cosa que compró. De tal manera que el deber de sanear es un complemento al deber de entregar; en este sentido, el

---

<sup>38</sup> Art. 2662 C: "Si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta con resarcimiento de perjuicios".

<sup>39</sup> Art. 2665 C: "Cuando el contrato de compra y venta fuere de cosa mueble y el comprador no pagare el precio de la cosa comprada a crédito, el vendedor sólo tendrá derecho para exigir dicho precio y los intereses de la mora, y no para pedir la resolución de la venta".

art. 2582 C establece: "El vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa, objeto de la venta".

Como dice el jurista CASTÁN TOBEÑAS:

"No basta con que el vendedor entregue la cosa; es preciso que asegure al comprador la *posesión pacífica* y útil de la misma. El fin o causa de la venta para el comprador es adquirir la cosa para servirse de sus utilidades y esta finalidad dejaría de realizarse si una vez verificada la entrega se viera el comprador privado de la cosa o imposibilitado de aplicarla a los usos que le son propios. De aquí que la obligación de *garantía*, que puede definirse como la que contrae el vendedor de procurar al comprador la posesión pacífica y útil de la cosa, y de indemnización de daños y perjuicios en el caso de que el compromiso no obtenga cumplimiento.

'Se deduce ya de las consideraciones anteriores las dos clases o especies de garantías: una que asegura la posesión *pacífica* de la cosa (garantía por *evicción*), y otra, que asegura la posesión *útil* (garantía por vicios *ocultos*)..."<sup>40</sup>.

#### **1.5.4.1.- El saneamiento por evicción.**

Existe la evicción cuando se perturba la posesión legal y pacífica de la cosa vendida por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra; por ejemplo, resulta que la cosa vendida no era del vendedor y su verdadero dueño la reivindica y despoja de ella al comprador. Pero no es necesario que exista una sentencia firme para que surja el deber del vendedor de saneamiento, sino que esta obligación nace desde que se interpone una demanda contra el comprador que perturbe la posesión legal y pacífica de la cosa objeto del contrato. Así se deduce del art. 2600.1 C: "Por la evicción debe defender la cosa vendida en cualquier juicio que se promueva contra el comprador por causa anterior a la venta". El contenido económico de esta figura comprende: el deber de pagar las costas del juicio que

---

<sup>40</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. IV: "Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias", 7ª edic., modificada y considerablemente ampliada, Reus, Madrid, España, 1952, p. 93.

haya seguido el comprador, lo que éste perdiere en el juicio y el menor valor que tuviere la cosa por los vicios ocultos (art. 2600.2 C)<sup>41</sup>.

Incluso, sino se hubiese pactado nada en el contrato con respecto al saneamiento por evicción, el vendedor siempre tendría la obligación de observarlo (art. 2601 C)<sup>42</sup>. No obstante, en virtud de la autonomía de la voluntad, las partes pueden ampliar, reducir o excluir la aplicación de esta figura jurídica de conformidad con el art. 2602 C, "Pueden los contratantes ampliar o restringir a su voluntad la evicción y el saneamiento: pueden también pactar que el vendedor no quede sujeto a esa obligación". Sin embargo, hay que interpretar este artículo analógicamente con los artos. 2631 y 2634 C<sup>43</sup>, es decir, que pese al pacto de no someterse al saneamiento por evicción, responderá por él si actúa el vendedor de mala fe, por ejemplo, si con conocimiento previo de la afectación de la cosa, aun así la enajena como sería el caso de que venda una propiedad gravada con una hipoteca como si estuviera libre de gravamen o vende como propia una propiedad ajena. Esto es así porque hay que tener presente que la responsabilidad por dolo es exigible en todas las obligaciones y la renuncia para hacerla efectiva es nula (art. 1861 C).

No existe mala fe si el comprador tenía conocimiento de la posibilidad de ser afectado por reclamaciones sobre el bien que estaba adquiriendo y temerariamente lo compra, luego entonces, no puede beneficiarse de la evicción, a menos que así se haya acordado, así lo dice el art. 2610 C, "Cuando el adquirente, de cualquier modo conocía el peligro de la evicción antes de la adquisición, nada puede reclamar del

---

<sup>41</sup> Art. 2600.2 C: "Por el saneamiento, debe pagar las costas del juicio que haya seguido el comprador en defensa de la cosa, lo que éste perdiere en el juicio y el menor valor que tuviere la cosa por vicios ocultos que no se hubieren considerado al tiempo de la enajenación".

<sup>42</sup> 2601 C: "Aunque no se hayan estipulado en el contrato la evicción y el saneamiento, está el vendedor sujeto a ellos".

<sup>43</sup> 2631 C: "Las partes pueden restringir, renunciar o ampliar su responsabilidad por los vicios redhibitorios, del mismo modo que la responsabilidad por la evicción, siempre que no haya dolo en el enajenante". 2634 C: "La estipulación en términos generales de que el enajenante no responde por vicios redhibitorios de la cosa, no lo exime de responder por el vicio redhibitorio de que tenía conocimiento, y que no declaró al adquirente".



enajenante por los efectos de la evicción que suceda, a no ser que ésta hubiere sido expresamente convenida”<sup>44</sup>.

Para exista la responsabilidad por evicción, es necesario que se le notifique al vendedor la existencia del proceso judicial entre terceras personas y el comprador, así lo establece el art. 2617 C, “La obligación que resulte de la evicción cesa si el vencido en juicio no hubiere hecho citar de saneamiento al enajenante, o si hubiere hecho la citación, pasado el tiempo señalado por el Código de Procedimiento”. Esta citación debe hacerse en la demanda o antes de la contestación de la misma (art. 2139 Pr). No obstante, aun sin esta citación, no se extingue la garantía del saneamiento por evicción, si el comprador prueba que era inútil citarlo en vista del carácter indiscutible del derecho del tercero (art. 2618 C)<sup>45</sup>.

#### **1.5.4.2.- El saneamiento por vicios ocultos.**

Conocidos también como vicios redhibitorios, los vicios ocultos acontecen cuando la cosa vendida a título oneroso padece un defecto no manifiesto o no visible. Así, el art. 2630 C, “Son vicios redhibitorios los defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso o goce se transfirió por título oneroso, existente al tiempo de la adquisición, que la hagan impropia para su destino, si de tal modo disminuyen el uso de ella, que a haberlos conocido el adquirente, no la habría adquirido, o habría dado menos por ella”.

---

<sup>44</sup> Corroborar esta afirmación el art. 2609 C en los siguientes términos, “Cuando el enajenante hubiere declarado la existencia de una hipoteca sobre el inmueble enajenado, esa declaración importa una estipulación de no prestar indemnización alguna por tal gravamen. Más si el efecto de la enajenación contiene la promesa de garantizar, el enajenante es responsable de evicción”.

<sup>45</sup> 2618 C: “No tiene lugar lo dispuesto en el artículo anterior, y el enajenante responderá por la evicción, si el vencido en juicio probare que era inútil citarlos por no haber oposición justa que hacer al derecho del **vendedor**. Lo mismo se observará cuando el adquirente, sin citar de saneamiento al enajenante, reconociere la justicia de la demanda, y fuere por esto privado del derecho adquirido”.

En general los vicios ocultos se refieren a cualidades corporales, ejemplos de vicios ocultos, que cita PLANIOL son: un vicio de construcción en una casa; un defecto de calidad o de solidez de un objeto mueble; la pérdida de la facultad de germinar tratándose de granos para simiente<sup>46</sup>.

Sobre este tema nos dice el Tribunal Supremo español:

"No se trata de que la cosa sea inútil para todo uso, sino para el que motivó su adquisición, debiendo entenderse que fue comprada para aplicarse al uso más conforme con su naturaleza y en más armonía a la actividad a que se dedica el adquirente, si nada se hubiese pactado sobre su destino"<sup>47</sup>.

Frente a este tipo de vicios ocultos, el comprador tiene la opción de desistir del contrato y entregar la cosa al vendedor a cambio de que este le devuelva el precio (acción redhibitoria) o, tiene la acción de que se baje el precio de la cosa (acción estimatoria) de acuerdo al art. 2639 C<sup>48</sup>.

El deber de sanear los vicios redhibitorios persiste incluso en el caso de que el vendedor no sepa de su existencia, pero no responde de los vicios aparentes (en el sentido que aparecen y se muestran a la vista), es decir, de los que no son ocultos (art. 2638 C)<sup>49</sup>. Según el magistrado ESCOBAR FORNOS, no son ocultos los vicios que pueden ser descubiertos en virtud de un atento examen efectuado en la forma usual para el negocio o tipo de mercadería, como por ejemplo, la ceguera de un caballo o la cojera de un toro<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. IV: "Derecho de obligaciones...", *op. cit.*, nota 40, p. 104.

<sup>47</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (TS) español de 31-01-1970.

<sup>48</sup> 2639 C: "En el caso del artículo anterior, el comprador tiene la acción redhibitoria para dejar sin efecto el contrato, volviendo la cosa al vendedor, restituyéndole éste el precio pagado, o la acción para que se baje del precio el menor valor de la cosa por el vicio redhibitorio".

<sup>49</sup> 2638 C: "Entre compradores y vendedores, no habiendo estipulación sobre los vicios redhibitorios, el vendedor debe sanear al comprador los vicios o defectos ocultos de la cosa, aunque los ignore; pero no está obligado a responder por los vicios o defectos aparentes".

<sup>50</sup> I. ESCOBAR FORNOS, *Contratos*, *op. cit.*, nota 12, p. 28.

Como el vicio debe existir al momento de la entrega del objeto de la compraventa, corresponde al comprador demostrar esto y si no lo prueba, se presume el que el vicio sobrevino después (art. 2633 C)<sup>51</sup>.

La buena fe también debe presidir esta clase de realidad jurídica, de tal manera que, igual que en la evicción, el conocimiento del vicio, excluye la protección legal del mismo (art. 2635 C)<sup>52</sup>. Y también, como sucede en la evicción, el pacto para excluir la responsabilidad del enajenante por los vicios ocultos, no surte efecto cuando tuvo conocimiento de estos vicios redhibitorios y no lo declaró al comprador (art. 2634 C).

La protección legal del saneamiento por vicios ocultos se extiende más allá de la compraventa y abarca otras formas de transmisión como la dación en pago, permuta, donaciones y otras figuras como contratos innominados, sociedad, etc. (art. 2645 C)<sup>53</sup>.

Hay que destacar que de conformidad al art. 2630. 2 C, las adquisiciones a título gratuito no facultan para reclamar por vicios ocultos (salvo las excepciones del art. 2801 C).

Los vicios ocultos pueden acontecer sobre bienes muebles o inmuebles, y el plazo para ejercer esta acción es distinto en cada uno de estos casos y los contempla el art. 2647 C, "La acción redhibitoria durará seis meses respecto de las

---

<sup>51</sup> 2633 C: "Incumbe al adquirente probar que el vicio existía al tiempo de la adquisición; y no probándolo, se juzga que el vicio sobrevino después".

<sup>52</sup> 2635 C: "El enajenante está libre también de la responsabilidad de los vicios redhibitorios, si el adquirente los conocía o debía conocer por su profesión u oficio".

<sup>53</sup> 2645 C: "Lo dispuesto respecto a la acción redhibitoria entre comprador y vendedor, es aplicable a las adquisiciones por dación en pago, por contratos innominados, por remate o adjudicaciones (cuando no sea en virtud de sentencia), en las permutas, en las donaciones, en los casos en que hay lugar a la evicción y en las sociedades, dando en tal caso derecho a la disolución de la sociedad, o a la exclusión del socio que puso la cosa con vicios redhibitorios".

cosas muebles y un año respecto de los bienes raíces, en todos los casos en que las leyes especiales o las estipulaciones de los contratantes no hubieren ampliado o restringido este plazo. El tiempo contará desde la entrega real". No obstante lo dicho en este artículo, el vendedor, una vez prescrita la acción redhibitoria, conserva la acción estimatoria, de acuerdo con el art. 2648 C: "Habiendo prescrito la acción redhibitoria, tendrá todavía derecho el comprador para pedir la rebaja del precio y la indemnización de perjuicios". Esta acción para pedir la rebaja del precio prescribe en un año para los bienes muebles y dieciocho meses para los bienes inmuebles (art. 2649 C)<sup>54</sup>.

### **1.5.5.- Prioridad.**

En la materia de objeto de nuestro estudio, surge la interrogante de determinar a quién le pertenece el objeto de la compraventa cuando se vende el mismo bien a dos o más personas; para dilucidar esta cuestión conviene distinguir si se trata de un bien mueble o inmueble; en el primer supuesto, cuando la cosa mueble se vende a distintos compradores, la norma que se aplica es que el bien pertenece al primero que obtuvo la posesión del mismo; esto no es más que una reminiscencia del principio que establece que en el caso de los muebles, la posesión vale por título<sup>55</sup>; si la pluralidad de ventas fuere de bienes inmuebles, la situación es más compleja y se resuelve mediante la publicidad registral, de manera que aplicamos el aforismo romano *prior tempore potior iure* (primero en tiempo, mejor en el derecho), es decir, se va a considerar como dueño al primero que inscriba la propiedad en el Registro correspondiente, pero esta regla tiene la excepción que dentro de las primeras cuarenta ocho horas, más el término de la distancia,

---

<sup>54</sup> Art. 2649 C: "La acción para pedir rebaja del precio prescribe en un año para los bienes muebles, y en diez y ocho meses para los bienes raíces".

<sup>55</sup> J. GUZMÁN GARCÍA y J. J. HERRERA ESPINOZA, *Contratos...*, op. cit., nota 2, pp. 198-199.

contados a partir de la fecha de la primera compraventa, solo el primer comprador podrá inscribir so pena de nulidad (art. 2575 C)<sup>56</sup>.

### **1.6.- Algunas variaciones al esquema original de la compraventa.**

Hasta ahora hemos examinado el esquema original o típico del contrato de compraventa, pero, en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 2437 C), las partes pueden establecer cualquier modificación de acuerdo a sus intereses. Esta posibilidad, además de estar amparada en el precepto recién citado, la permite el art. 2715 C que dice, "Pueden agregarse al contrato de compra y venta cualesquiera de los pactos accesorios lícitos, y se regirán por las reglas generales de los contratos". Así como también el art. 2673 C, que establece: "Las partes que contraten la compra y venta de alguna cosa, pueden, por medio de cláusulas especiales, subordinar a condiciones, o modificar como lo juzguen conveniente las obligaciones que nacen del contrato". Dentro de estas transformaciones destacamos las siguientes:

*Cláusula de garantía de satisfacción:* mediante esta cláusula el comprador se reserva la facultad de rescindir el contrato sino le satisface la utilidad que obtiene de la cosa vendida. Así, el art. 2675 C estipula, "Venta a satisfacción del comprador, es la que se hace con la cláusula de no haber venta, o de quedar desecha la venta, si la cosa vendida no agradase al comprador". En este caso la venta a satisfacción se reputa hecha bajo condición suspensiva hasta que el comprador declare expresa o

---

<sup>56</sup> Art. 2575 C: "Si una misma cosa se hubiere vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble.

'Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. Dentro de las cuarenta y ocho horas subsiguientes al otorgamiento de la escritura de venta, más, en su caso, el término de la distancia, no podrá otra persona que el primer comprador inscribir la escritura de venta, pena de nulidad".

tácitamente que la cosa le agrada (art. 2686 C)<sup>57</sup>. Habrá declaración tácita por parte del comprador de que la cosa le agrada si pagare el precio de ella (art. 2687 C)<sup>58</sup>.

*Cláusula de pacto de retroventa:* consiste en el derecho que se reserva el vendedor de recuperar la cosa vendida de acuerdo al art. 2676 C que literalmente dice, "Venta con pacto de retroventa es la que se hace con cláusula de poder el vendedor recuperar la cosa vendida entregada al comprador, restituyendo a éste el precio recibido con exceso o disminución". El plazo para ejercer el retraimiento o retroventa es de tres años contados desde el día del contrato (artos 2667 y 2690 C)<sup>59</sup>. La eficacia de la retroventa es transmisible a los herederos del vendedor y a terceros adquirentes aunque no se les haya advertido que la cosa vendida estaba sujeta a retroventa (art. 2696 C)<sup>60</sup>.

*Cláusula de pacto de reventa:* en este caso no es el vendedor el facultado a recuperar la cosa vendida (como en el caso anterior) sino que es el comprador el autorizado a restituir la cosa comprada al vendedor; en este sentido dice el art. 2677 C, "Pacto de reventa, es la estipulación de poder el comprador restituir al vendedor

---

<sup>57</sup> Art. 2686 C: "La venta a satisfacción del comprador, se reputa hecha bajo una condición suspensiva, y el comprador será considerado como un **mandatario**, mientras no declare expresa o tácitamente que la cosa le agrada". Comentado este artículo el jurista CUADRA ZAVALA sostiene que el modelo original (art. 1141 del C de Argentina) en vez de mandatario dice comodatario y "así debe entenderse por corresponder mejor a la índole jurídica el contrato". J. CUADRA ZAVALA, *Anotaciones...*, op. cit., nota 18 bis, p. 444.

<sup>58</sup> 2687 C: "Habrá declaración tácita del comprador de que la cosa le agrada, si pagare el precio de ella, sin hacer reserva alguna".

<sup>59</sup> Art. 2667 C: "El pacto comisorio prescribe en el tiempo fijado en el artículo 2662; y las partes no podrán estipular un plazo mayor. A esta misma regla se sujetan los pactos de **reventa y retroventa**". Art. 2662 C: "Si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta con rescaramiento de perjuicios.

"Para exigir el pago del precio, la acción durará el término fijado para las ordinarias; y para la resolución de la venta, la acción prescribirá en tres años contados desde el día del contrato".

<sup>60</sup> Art. 2696 C: "La obligación de sufrir la retroventa pasa a los herederos del comprador, aunque sean menores de edad; y pasa también a los terceros adquirentes de la cosa, aunque en la venta que se les hubiere hecho, no se hubiere expresado que la cosa vendida estaba sujeta a un pacto de retroventa".

la cosa comprada, recibiendo de él el precio que hubiere pagado, con exceso o disminución”.

*Cláusula de pacto de preferencia:* como su nombre lo indica, el vendedor tiene la preferencia de recuperar la cosa si el comprador luego se decide a venderla, tal como lo expresa el art. 2678 C, “Pacto de preferencia, es la estipulación de poder el vendedor recuperar la cosa vendida, entregada al comprador, prefiriéndolo al cualquier otro por el tanto, en el caso de querer el comprador venderla”.

*Cláusula de pacto de mejor comprador (addictio in diem):* a través de esta cláusula el vendedor se reserva la facultad de deshacer el contrato en caso de que se presente otro comprador con un mejor precio. Art. 2679, “Pacto de mejor comprador, es la estipulación de quedar desecha la venta, si se presentare otro comprador que ofreciere un precio más ventajoso”. Sí la cosa objeto de compraventa es un bien mueble, el pacto de mejor comprador no tiene lugar. Si fuere cosa inmueble, no podrá exceder del término de tres meses (art. 2707 C).

*Cláusula de no enajenar:* si bien es cierto, el art. 2674 C, prohíbe la cláusula de no enajenar la cosa a cualquier persona, pero la permite con respecto a una persona determinada<sup>61</sup>.

*Cláusula de calidad determinada:* el art. 2544 C, consagra este tipo de venta, “Cuando las cosas se vendieren como de una calidad determinada y no al gusto personal del comprador, no dependerá del arbitrio de éste rehusar la cosa vendida. El vendedor, probado que la cosa es de la calidad contratada, puede pedir el pago del precio”<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Art. 2674 C: “Es prohibida la cláusula de no enajenar la cosa vendida a persona alguna; más no a una persona determinada”.

<sup>62</sup> Sobre este art. Comenta el jurista CUADRA ZAVALA, “En estos casos se sobre-entiende que el examen de la calidad estipulada debe hacerse por peritos. Por ejemplo, si se compra un cajón de botella de champagne de una marca conocida, se entiende que la venta queda perfecta en el acto,

*Cláusula de arrepentimiento*: en virtud de ella, el comprador y el vendedor o cualquiera de ellos se reservan el derecho de poder arrepentirse del contrato dándolo por resuelto. Si no se ha entregado el precio ni la cosa, el arrepentimiento extingue el contrato sin producir ningún efecto. Si la cosa ya ha sido entregada o pagado el precio, el arrepentimiento tendrá los efectos de la retroventa, si fuese estipulada a favor del vendedor; o tendrá los efectos del pacto de reventa, si fuese estipulada a nombre del comprador (art. 2683 C)<sup>63</sup>.

*Cláusula de pacto comisorio*: se llama pacto comisorio al acuerdo de las partes mediante el cual se estipula que si el precio no se paga en el momento debido, se resuelve automáticamente el contrato (art. 2666 C).

## **2.- La permuta.**

Nuestro Código civil define al contrato de permuta como un intercambio de cosas de acuerdo al art. 2748 C que literalmente dice, "La permuta es un contrato por el cual cada una de las partes se obliga a dar una cosa para recibir otra cosa". Pese a que nuestros legisladores restringen la permuta al intercambio de bienes, la doctrina acepta que la permuta se puede verificar también por el intercambio de derechos.

Es el más antiguo de los contratos traslativos del dominio y antes de la invención del dinero era la forma más usual del intercambio comercial,

---

salvo que el comprador demostrare que no es de la marca indicada". J. CUADRA ZAVALA, *Anotaciones...*, op. cit., nota 18 bis, p. 343.

<sup>63</sup> Art. 2683 C: "La venta con cláusula de poderse arrepentir el comprador y vendedor, se reputa hecha bajo una condición resolutoria, aunque el vendedor no hubiere hecho tradición de la cosa al comprador. Habiendo habido tradición, o habiéndose pagado el precio de la cosa vendida, la cláusula de arrepentimiento tendrá los efectos de la venta bajo pacto de retroventa, si fuere estipulada en favor del vendedor; o tendrá los efectos del pacto de reventa, si fuere estipulada en favor del comprador".



popularmente conocido como trueque. Con el surgimiento del dinero, su importancia decae y su lugar es ocupado por la compraventa, por este motivo se considera a ésta última como una modalidad de la permuta. No obstante, el papel de la permuta recobra notoriedad en las épocas de crisis económicas con procesos hiperinflacionarios en los que el dinero pierde su poder adquisitivo.

El intercambio de dinero nacional por dinero nacional (por ejemplo el cambio de billetes por monedas metálicas), es una permuta, de igual manera el intercambio de dinero extranjero por dinero extranjero, también es permuta, porque en ambos casos, faltando el canje de dinero por cosa, no puede haber compraventa. En cambio, el intercambio de dinero nacional por dinero extranjero es una compraventa porque se considera a éste último como cosa, por lo que es correcta la expresión "compraventa de divisas"<sup>64</sup>.

## **2.1.- La forma en la permuta.**

Siguiendo el predominio no formal de nuestro sistema, la permuta en teoría es un contrato consensual, basta el consentimiento de las partes en cuanto a los bienes objetos de intercambio para que este se perfeccione (art. 2749 *ab initio*). Pero en la práctica viene siendo en realidad un contrato formal en virtud del artículo 2750 C que establece que si se trata de bienes muebles y el valor de uno de ellos o de los dos exceda de 100 pesos, el contrato debe celebrarse por escrito, quedando con un tanto cada uno de los permutantes. Con mucha mayor razón, tratándose de bienes inmuebles, la ley exige que el contrato de permuta debe celebrarse en escritura pública e inscribirse en el registro (art. 2749 C)<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. II: "Derecho de obligaciones", 11ª edic., puesta al día con la colaboración de F. REGLERO, Bosch, Barcelona, 2002, p. 565.

<sup>65</sup> Art. 2749 C: "La permuta se reporta perfecta por el mero consentimiento, salvo que una de las cosas que se cambian o ambas sean bienes raíces, o derechos de sucesión hereditaria, en cuyo caso, para la perfección del contrato ante la ley, será necesario escritura pública debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad". Art. 2750 C: "Se exceptúa también el caso en que siendo la permuta

## 2.2.- La permuta y el saneamiento.

El art. 2751 C permite al permutante que ya recibió la otra cosa de la otra parte a retener lo que él deba entregar, si prueba que el otro no es dueño de la misma y sólo debe devolver la cosa recibida<sup>66</sup>. Este es un derecho de retención similar al del art. 2593 C.

Cuanto se produce la evicción total, el permutante afectado puede pedir de conformidad con el art. 2752 C a su elección, el resarcimiento de daños y perjuicios o la cosa que dio. A simple vista ambas pretensiones (devolución de la cosa y resarcimiento) son excluyentes, pero si se interpreta este artículo en conjunto con el 1885 C se llega a la conclusión que si se pide la devolución de la cosa, también se puede acumular a esta demanda, la indemnización de daños y perjuicios<sup>67</sup>.

En caso de evicción parcial se aplican los artos 2627 y 2628 C<sup>68</sup>.

Si surgen vicios ocultos en el contrato de permuta, de acuerdo al art. 2755 C, se aplican a la permuta las reglas de la compraventa.

---

de cosas muebles, el valor de una de ellas o de ambas, exceda de cien pesos; pues en este caso, el contrato deberá celebrarse por escrito, quedando con un tanto cada uno de los permutantes”.

<sup>66</sup> Art. 2751 C: “Si uno de los permutantes hubiere ya recibido la cosa que en permuta se le daba, y prueba en seguida que el otro contratante no es propietario de la misma, no puede ser obligado a entregar aquella que había prometido y solamente debe devolver la cosa que hubiere recibido”.

<sup>67</sup> I. ESCOBAR FORNOS, *Contratos, op. cit.*, nota 12, p. 84.

<sup>68</sup> Arto. 2627 C: “En caso de evicción parcial, el comprador tiene la elección de demandar una indemnización proporcionada a la pérdida sufrida, o exigir la rescisión del contrato, cuando la parte que se le ha quitado o la carga o servidumbre que resultare, fuere de tal importancia respecto al todo, que sin ella no habría comprado la cosa.

Lo mismo se observará cuando se hubieren comprado dos o más cosas **conjuntamente**, si apareciere que el comprador no habría comprado la una sin la otra”.

Arto. 2628 C: “Habiendo evicción parcial, y cuando el contrato no se rescinda, la indemnización por la evicción sufrida, es determinada por el valor al tiempo de la evicción, de la parte de que el comprador ha sido privado, si no fuere menor que el que correspondería proporcionalmente, respecto al precio total de la cosa comprada. Si fuere menor, la indemnización será proporcional al precio de la compra”.

### **2.3.- La permuta y el registro.**

La figura del tercero registral de buena fe, el cual debe también ser protegido en su adquisición pese a ser anulado el contrato de permuta del cual se derivó su titularidad dominical de acuerdo al art. 2753 que establece: "En los casos de resolución enunciados en los artículos precedentes, quedan a salvo los derechos adquiridos por los terceros a título oneroso en los inmuebles antes de la demanda de la resolución...". Este artículo debe ser interpretado de acuerdo a su modelo original (art. 2797 del antiguo Código civil italiano) que establece la protección no antes de la demanda de resolución sino antes de la anotación de la demanda de resolución en el registro, pues de lo contrario sería imposible para terceros enterarse de la demanda si esta no se inscribe en el registro. En caso de enajenación a título gratuito, el permutante puede exigir del adquirente el valor de la cosa o la restitución (art. 2753 C).

### **3.- La donación.**

Este es el típico de los contratos gratuitos, en los cuales, tal como ya se ha explicado, el beneficio que obtiene una de las partes no está acompañado de ningún sacrificio que sea su contrapartida. El art. 2756 C define esta categoría contractual de la siguiente manera: "La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere de su libre voluntad gratuitamente la propiedad de una cosa a otra persona que la acepta". Sobre este concepto cabe destacar que pese a que se lee que es un acto, en realidad es un contrato.

Se dice que la donación es un acto liberal o de liberalidad porque alguien sin estar obligado a ello, proporciona a otra persona alguna ventaja o beneficio sin recibir nada a cambio, es decir, de forma gratuita. La donación está impregnada por

una especial actitud anímica denominada *animus donandi* que es la intención de gratificar.

Resulta claro que como consecuencia de la donación el patrimonio del donante disminuye con los consecuentes efectos perniciosos que esto puede ocasionar en su propio interés o para otras personas como los que tienen Derecho a la legítima<sup>69</sup>, a los acreedores que veían la garantía del cobro de sus créditos en los bienes donados; por esta razón, el régimen de la donación es en ciertos aspectos más severo que el de los otros contratos, ya imponiendo formalidades que contribuyan a dar algún tiempo al donante para reflexionar o estableciendo causas de revocación, rescisión y resolución de la liberalidad<sup>70</sup>; por ejemplo, el art. 2768 C establece que : "No valdrá la donación entre vivos de cualquier especie de bienes raíces, si no es otorgada por escritura pública debidamente inscrita".

### **3.1.- Elementos de la donación.**

Destacamos el consentimiento, el objeto, la forma, el empobrecimiento, el enriquecimiento y el *animus donandi*.

#### **3.1.1.- El consentimiento.**

Ya se sabe que el consentimiento es la conformidad de la voluntad entre los contratantes. El art. 2778 C explica que el consentimiento en la donación no se forma sino hasta que el donatario acepta y se lo comunica al donante. Mientras esa aceptación no haya sido notificada, o sea, mientras el consentimiento no haya sido formalizado, el donante puede revocar la donación de forma expresa o tácita; la

---

<sup>69</sup> La legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos, como por ejemplo la cuarta conyugal y las pensiones alimenticias para hijos menores de edad o incapacitados.

<sup>70</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil*, t. II: "Derecho de...", *op. cit.*, nota 3, p. 88.

revocación es expresa, cuando se hace de forma explícita, y puede ser tácita cuando vende, arrienda o traspasa a otra persona la cosa objeto de la donación<sup>71</sup>.

La voluntad de donar debe ser expresa, esto significa que no puede presumirse, salvo en los casos expresamente señalados (art. 2761 C)<sup>72</sup>. Ejemplo de esos casos en que la ley presume la voluntad de donar es el del art. 2126 C<sup>73</sup>.

Si el donante muere antes de que la donación haya sido aceptada por el donatario, este último aún puede aceptarla y esta obligación sería transmitida a los herederos del donante quienes estarían obligados a entregar la cosa o derecho objeto de la donación (art. 2780 C)<sup>74</sup>. En cambio, si muere el donatario antes de aceptar la donación queda ésta sin validez y nada podrán pedir sus herederos al donante (art. 2781 C)<sup>75</sup>.

Muy estrechamente ligado al consentimiento se encuentra el tema de la capacidad, pues ésta es un presupuesto para poder otorgar el consentimiento. En este sentido establece El art. 2757 C que tienen capacidad para hacer y aceptar donaciones, los que pueden contratar, salvo los casos en que expresamente las leyes dispusieren lo contrario". Es decir, que las personas con capacidad de obrar (emancipados, los declarados mayor de edad por sentencia firme y los mayores de 21 años) son las que pueden hacer y aceptar donaciones<sup>76</sup>.

---

<sup>71</sup> Art. 2778 C: "Mientras la donación entre vivos no ha sido aceptada y notificada al donante, podrá éste revocarla a su arbitrio, expresa o tácitamente, vendiendo, hipotecando o dando a otros la cosas comprendidas en la donación".

<sup>72</sup> Art. 2761 C: "La donación entre vivos no se presume, sino en los casos que expresamente hayan previsto las leyes".

<sup>73</sup> Art. 2126 C: "Siempre que el documento original de donde resulte la deuda, se halle en poder del deudor, se presume que el acreedor se lo entregó voluntariamente, salvo el derecho de éste a probar lo contrario".

<sup>74</sup> 2780 C: "Si el donante muere antes que el donatario haya aceptado la donación, puede éste, sin embargo, aceptarla y los herederos del donante están obligados a entregar la cosa donada".

<sup>75</sup> 2781 C: "Si muere el donatario antes de aceptar la donación, queda ésta sin efecto, y sus herederos nada podrán pedir al donante".

<sup>76</sup> Sobre la capacidad nos dice MODESTINO: *Mente captus donare non potest* D. 39.5.23.1 (No pude donar el privado de juicio). Citado por R. DOMINGO y B. RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, *Reglas jurídicas y*

Se puede efectuar donaciones a personas que no hayan nacido, esta posibilidad la deja abierta el art. 2758 C, "No puede hacerse una donación entre vivos a persona que no existe legal o naturalmente en el momento de la donación. Si se dona bajo condición suspensiva será también necesario existir al momento de cumplirse la condición; salvo las excepciones indicadas en libro II sobre la capacidad para adquirir por testamento". Dentro de estas excepciones, destacamos la del art. 982.3 que dice, "Con todo las asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen, pero se esperan que existan, no se invalidarán por esta causa si existieren dichas personas antes de expirar los treinta años subsiguientes a la apertura de la sucesión".

De acuerdo al art. 2759 C, las incapacidades de recibir herencias y legados de los arts. 984, 985 y 986 son aplicables a las donaciones entre vivos<sup>77</sup>.

La aceptación puede hacerse personalmente o por apoderado. También pueden aceptar la donación a nombre del donatario cualquier familiar directo. En este sentido dice el art. 2777 C,

"Nadie puede aceptar una donación, sino por sí mismo o por medio de otra persona que tenga poder especial suyo al intento, o poder general para la administración de sus bienes; o por medio de su representante legal.

'Pero bien podrá aceptar por el donatario sin poder especial ni general, cualquier ascendiente o descendiente legítimo suyo, con tal que dicho ascendiente o descendiente sea capaz de contratarse y de obligarse.

---

*aforismos. Con jurisprudencia actualizada y remisiones a la legislación vigente, Aranzadi, Navarra, España 2000, p. 83.*

<sup>77</sup> Del hecho de que las incapacidades para recibir herencias y legados se extiendan a donaciones, no hay que concluir que la capacidad para testar sea la misma que la capacidad para hacer donaciones, porque como se ha dicho, mientras para efectuar la donación es necesario ser mayor de 21 años o emancipado (art. 2757 C), en cambio, pueden testar los menores adultos: el hombre de 15 años y la mujer de 14 años (art. 979 C).

“Las reglas dadas sobre la validez de las aceptaciones y repudiaciones de las herencias y legados se extienden a las donaciones”.

La aceptación puede hacerse expresa o tácita, escrita o verbal, pero si la donación es solemne, la aceptación deber hacerse en la misma forma, por ejemplo, si la donación es sobre un bien inmueble, deber ser aceptada en una escritura pública.

Finalmente la aceptación debe ser notificada al donatario (art. 2778 C).

### **3.1.2.- El objeto.**

Puede ser objeto de donación toda clase de bienes inmuebles y muebles sobre los cuales el donante tenga libre disposición.

Las obligaciones de hacer, por tratarse de hechos, no pueden ser objeto de donación porque no existe empobrecimiento por parte de quien los realiza y porque no hay *animus donandi*, en el sentido de desprenderse de algo de tu propiedad para beneficiar al donatario; es decir, la donación se refiere a cosas o derechos no a servicios, por eso no hay confundir el acto gratuito y la donación; por ejemplo, el médico que opera gratuitamente a su paciente en su clínica privada no realiza una donación porque no se está empobreciendo. En este sentido señala el art. 2764 C, “Los servicios personales gratuitos no constituyen donación, aunque sean de aquellos que ordinariamente se pagan”.

Tampoco son donaciones el permitir a alguien el uso gratuito de un objeto (comodato) ni el mutuo sin interés (art. 2763 C)<sup>78</sup>; en igual sentido no hay donación

---

<sup>78</sup> Art. 2763: “No hay donación en el comodato de un objeto cualquiera, aunque el uso o goce de éste no se acostumbre dar sino en arriendo.

“Tampoco la hay en el mutuo sin interés; pero la hay en la remisión o cesión del derecho de percibir los réditos de un capital colocado a interés”.

cuando alguien se compromete a pagar la deuda de otro ni la renuncia de garantía por parte del acreedor (art. 2765 C)<sup>79</sup>.

En sentido estricto se define la donación como el acto por el cual una persona con ánimo de liberalidad, se empobrece en una fracción de su patrimonio en provecho de otra persona que se enriquece con ella<sup>80</sup>. Por tal razón, como observa el jurista italiano DE RUGGIERO, no puede considerarse donación la constitución de un derecho real de garantía, la fianza, la renuncia de una herencia, el dejar transcurrir en favor del deudor el tiempo necesario para la prescripción extintiva de un crédito nuestro o a favor del poseedor el tiempo requerido para que se verifique la usucapión de un fundo nuestro. Solamente la renuncia de un derecho ya adquirido hecha a favor de otro opera tal disminución y el correspondiente enriquecimiento, que constituye la esencia de la donación [junto con el *animus donandi*]. Por ello se debe excluir de la categoría de donación aquellos actos en los que se otorga una ventaja patrimonial sin compensación y no entrañan una pérdida patrimonial<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Art. 2765 C: "No hace donación a un tercero el que a favor de éste se constituye fiador, o constituye una prenda o hipoteca; ni el que exonera de sus obligaciones al fiador, o remite una prenda o hipoteca, mientras está solvente el deudor; pero hace donación el que remite una deuda, o el que paga a sabiendas, lo que en realidad no debe".

<sup>80</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. IV: "Derecho de obligaciones...", *op. cit.*, nota 40, p. 163. Art. 2766 C: "No hay donación, si habiendo por una parte disminución de patrimonio no hay por otra aumento; como cuando se da para un objeto que consume el importe de la cosa donada, y de que el donatario no reporta ninguna ventaja apreciable en dinero".

<sup>81</sup> R. DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, t. II, vol. I: "Derecho de obligaciones. Derecho de familia. Derecho hereditario", trad. de la 4ª edic. italiana, anotada y concordada con la legislación española por R. SERRANO SUÑER y J. SANTA-CRUZ TEJEIRO, Reus, Madrid, s. f., § 98, p. 476.



### **3.1.3.- La forma.**

Normalmente son consensuales, es decir, no necesitan de una forma especial, pero en ciertos casos, como la donación universal y la donación de bienes inmuebles, debe hacerse bajo una forma especial consistente en una escritura pública (art. 2768 C)<sup>82</sup>.

### **3.2.- Clases de donación.**

#### **3.2.1.- Donaciones universales.**

Esta donación consiste en todos los bienes o una cuota de ellos.

Las donaciones universales son solemnes, pues la ley ordena que se hagan en escritura pública inscrita y con un inventario de bienes so pena de nulidad. En caso de omitirse ciertos bienes en el inventario, se presumirá que el donante se los reserva y el donatario no puede reclamarlos (art. 2774 C)<sup>83</sup>.

La persona que dona todos sus bienes, tiene derecho a reservarse lo necesario para su alimentación y si no lo hiciere, podrá obligar al donatario que de los bienes donados o de los suyos propios sino existieren aquellos (los donados) se

---

<sup>82</sup> Art. 2768 C: "No valdrá la donación entre vivos de cualquier especie de bienes raíces, si no es otorgada por escritura pública debidamente inscrita.

"Tampoco valdrá sin este mismo requisito la remisión de una deuda de la misma especie de bienes".

<sup>83</sup> Art. 2774 C: "Las donaciones a título universal, sean de la totalidad o de una cuota de los bienes, exigen, además del otorgamiento de escritura pública, debidamente registrada, el que se practique un inventario solemne. Serán nulas estas donaciones, si le faltare alguno de los mencionados requisitos.

"Si en el inventario se omitiere alguna parte de los bienes, comprendidos en la universalidad o cuota, se entenderá que el donante se los reserva, y no tendrá el donatario ningún derecho a reclamarlos".

le asigne a título de propiedad o usufructo lo que se estime conveniente en proporción a la cuantía de los bienes donados (art. 2775 C)<sup>84</sup>.

Las donaciones a título universal no se extenderán a los bienes futuros aunque se acuerde lo contrario (art. 2776 C)<sup>85</sup>.

Este carácter restrictivo de la donación nos lo explica el jurista PUIG BRUTAU:

"La donación parece ser el más simple de los negocios jurídicos porque consiste en la transmisión voluntaria de bienes que una persona realiza a favor de otra sin recibir nada en compensación. Sin embargo, esta circunstancia obliga al ordenamiento jurídico a establecer una regulación restrictiva, teniendo en cuenta que existen intereses que merecen protección por encima del interés del donatario, empezando por los del mismo donante"<sup>86</sup>.

### **3.2.2.- Donaciones a título singular.**

Son donaciones sobre un bien o sobre un grupo de bienes que pueden ser muebles e inmuebles. Estas donaciones a título singular se dividen en una gama de subcategorías que a continuación desarrollaremos.

---

<sup>84</sup> Art. 2775 C: "El que hace donación de todos sus bienes, podrá reservarse lo necesario para su alimentación, y si omitiere hacerlo, podrá en todo tiempo obligar al donatario a que de los bienes donados, o de los suyos propios, si aquellos no existieren, le asigne a este efecto, a título de propiedad o de usufructo, lo que se estimare competente, habida proporción a la cuantía de los bienes donados".

<sup>85</sup> Art. 2776 C: "Las donaciones a título universal, no se extenderán a los bienes futuros del donante, aunque éste disponga lo contrario".

<sup>86</sup> J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. II; "Contratos en particular", 2ª edic., revisada y ampliada, Barcelona, España, 1982. P. 67.

### **3.2.2.1.- Donaciones con causa onerosa, donaciones condicionales, modales o con gravamen.**

El empleo de causa onerosa no es del todo correcto si se toma en cuenta que las donaciones son gratuitas, y menos que referirse a onerosidad, estas donaciones contemplan los casos en que existe la liberalidad aunque el donatario contraiga ciertas obligaciones como las del art. 2771 C<sup>87</sup>.

Las donaciones pueden estar sujetas a condición, plazo o modo. Así, dice el art. 2770 C, "No será exigible la donación condicional o a plazo, si ella no constare por instrumento público o privado, expresivo de la condición o plazo...".

De acuerdo al art. 2784 C, "Las reglas concernientes a la interpretación de las asignaciones testamentarias, a las sustituciones, plazos, condiciones y modos relativas a ellas, se extienden a las donaciones entre vivos".

Las donaciones con gravamen disminuyen el monto de lo donado, por ejemplo, se dona un millón de córdobas a Juan, con la obligación que de ese dinero se le entregue diez mil córdobas a Carlos. A esta clase donaciones se refiere el art. 2772 C "Las donaciones en que se impone al donatario un gravamen pecuniario, o que pueden apreciarse en una suma determinada de dinero, no se entiende gratuita sino con descuento del gravamen".

---

<sup>87</sup> Art. 2771 C: "Las donaciones con causa onerosa, como para que una persona abrace una carrera o estado, o a título de dote, o por razón de matrimonio, se otorgarán por escritura pública, expresando la causa; y no siendo así se considerarán como donaciones gratuitas".

### 3.2.2.2.- Donaciones remuneratorias.

Se llama remuneratoria la donación que se hace a una persona por los servicios prestados al donante en todo caso que no constituyan deudas exigibles. De esta manera, dice el art. 2798 C, "Se entenderán por donaciones remuneratorias, las que expresamente se hicieren en remuneración de servicios específicos, siempre que estos sean de los que suelen pagarse. Si no constare por escritura pública o privada, según los casos, que la donación ha sido remuneratoria, o si en la escritura no se especificaren los servicios, la donación será gratuita".

Por su parte el art. 2799 C aclara que "Las donaciones remuneratorias, en cuanto equivalgan al valor de los servicios remunerados, no son rescindibles, ni revocables".

Con respecto a la evicción, no se responde en los casos de donación (art. 2800 C)<sup>88</sup>; sin embargo, conforme el art. 2801 C:

"Exceptúanse de la disposición del artículo anterior los casos siguientes:

1º Cuando el donante ha prometido expresamente la garantía de la donación.

2º Cuando la donación fue hecha de mala fe, sabiendo el donante que la cosa era ajena<sup>89</sup>.

3º Cuando fuere donación con cargos.

4º Cuando la donación fuere remuneratoria.

5º Cuando la evicción tiene por causa la inejecución de alguna obligación que el donante tomara sobre sí, en el acto de la donación<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> Art. 2800 C: "En caso de evicción de la cosa donada, el donatario no tiene recurso alguno contra el donante, ni aún por los gastos que hubiere hecho con ocasión de la donación".

<sup>89</sup> Ver el art. 2802 C.

<sup>90</sup> Ejemplo de este inciso lo encontramos en el caso del art. 2806 C.

### 3.2.2.3.- Donaciones con ocasión del matrimonio.

El art. 2773 C dice con referencia a este tipo de donaciones, "Las donaciones que con los requisitos debidos se hagan los esposos uno a otro en las capitulaciones matrimoniales, no requieren otra escritura pública que las mismas capitulaciones, cualquiera que sea el valor de las cosas donadas".

### 3.2.3.- Donaciones por causa de muerte (*mortis causa*) y por acto *inter vivos*.

Las donaciones *mortis causa*, como su nombre lo indica, tienen lugar cuando el donante dispone que el donatario adquiere el bien o derecho donado hasta después de su muerte como el testamento, es decir, se perfecciona con la muerte del causante, como acertadamente lo afirma ULPIANO: *Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur*<sup>91</sup>.

Por el contrario, la donación entre vivos (*inter vivos*) tiene sus efectos no para que el donatario adquiera hasta después de la muerte del donante sino en vida de éste.

Una característica esencial de esta clase de donaciones es su carácter revocable, en contraposición con las donaciones entre vivos que son consideradas en general irrevocables (art. 1167 C)<sup>92</sup>. Debido a la afinidad con el testamento, esta clase de contratos se regulará por la reglas de aquel (art. 1170 C)<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> "La donación hecha por causa de muerte no se considera perfecta antes de la muerte del donante". ULPIANO, 76 ad ed. D. 39.6.32. Citado por IGLESIAS-REDONDO, J.: *Repertorio bilingüe de definiciones, reglas y máximas jurídicas romanas*, Civitas, Madrid, España, 1986, p. 150.

<sup>92</sup> Art. 1167 C: "Donación por causa de muerte, es lo mismo que donación revocable; y donación entre vivos, lo mismo que donación irrevocable".

<sup>93</sup> Art. 1170 C: "El otorgamiento de las donaciones revocables se sujetará a las reglas del testamento".

El jurista CASTÁN TOBEÑAS señala que en las legislaciones modernas el concepto y existencia de la donación *mortis causa* está en crisis y señala códigos como el francés, italiano (tanto el de 1865 como el vigente de 1942), suizo, colombiano, mexicano, etc., en los que se ha suprimido expresamente o se guarda silencio porque la asimilan a las disposiciones hereditarias<sup>94</sup>. No obstante, el jurista CUADRA ZAVALA, explica las siguientes diferencias entre el testamento y las donaciones por causa de muerte: 1º El testamento es un acto de una sola persona y son nulas las disposiciones contenidas en el testamento otorgado por dos o más personas a un tiempo. En cambio, la donación revocable puede ser aceptada por el donatario en vida del donante y por lo tanto, pueden intervenir en ella el donante y el donatario. 2º El testamento nunca produce efectos en vida del testador y la donación revocable, seguida de la tradición de las cosas, da al donatario los derechos y le impone obligaciones de usufructuario (art. 1171 C). Si es a título particular, constituye un legado anticipado, lo que significa que produce sus efectos antes que los otros legados (art. 1172 C)<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. IV: "Derecho de obligaciones...", *op. cit.*, nota 40, pp. 174-175.

<sup>95</sup> J. CUADRA ZAVALA, *Anotaciones...*, *op. cit.*, nota 18 bis, p. 369. Art. 1171 C: "Por la donación revocable, seguida de la tradición de las cosas donadas, adquiere el donatario los derechos y contrae las obligaciones de usufructuario.

'Sin embargo, no estará sujeto a rendir la caución de conservación y restitución a que son obligados los usufructuarios, a no ser que lo exija el donante".

Art. 1172 C: "Las donaciones revocables a título singular son legados anticipados, y se sujetan a las mismas reglas de los legados.

'Recíprocamente, si el testador da en vida al legatario el goce de la cosa legada, el legado es una donación revocable.

'Las donaciones revocables, incluso los legados en el caso de la fracción precedente, preferirán a los legados de que no se ha dado el goce a los legatarios en vida del testador, cuando los bienes que éste deja a su muerte no alcanzan a cubrirlos todos".

### 3.3.- Extinción de las donaciones.

Las donaciones se extinguen por nulidad, resolución y por revocación<sup>96</sup>.

#### 3.3.1.- Nulidad.

Las donaciones se extinguen por nulidad cuando contienen irregularidades en su formación como falta de escritura pública, ausencia o vicios del consentimiento, ilicitud o imposibilidad del objeto, etc<sup>97</sup>.

#### 3.3.2.- Resolución.

Las donaciones se pueden extinguir por resolución en el caso de las donaciones con causa onerosa o cuando están sujetas a cierta condición o gravamen que no se cumple. De este modo, dice el art. 2791 C, Si el donatario estuviere en mora de cumplir lo que en la donación se le haya impuesto, tendrá derecho el donante, o para que se obligue al donatario a cumplirlo, o para que se rescinda la donación”.

Esta acción de resolución prescribe a los cuatro años contados desde que el donatario haya sido constituido en mora de cumplir la obligación impuesta (art. 2792 C)<sup>98</sup>.

El jurista PUIG BRUTAU explica que la superveniencia de hijos del donante es una causa de revocación de la donación según el art. 644.2 del la legislación civil

---

<sup>96</sup> I. ESCOBAR FORNOS, *Derecho de...*, op. cit., nota 12, p. 98.

<sup>97</sup> Ídem, p. 98.

<sup>98</sup> Art. 2792 C: “La acción **rescisoria** concedida por el artículo precedente terminará en cuatro años, contados desde el día en que el donatario haya sido constituido en mora de cumplir la obligación impuesta”.

española<sup>99</sup>. Pero en nuestro Código civil, el hecho de que el donante tenga hijos después de la donación es causa no de revocación sino de resolución cuando así se haya acordado (art. 2790 C)<sup>100</sup>.

### **3.3.3.- Revocación.**

Hemos visto que de conformidad al art. 2778 C la oferta de donación puede ser revocada antes de la aceptación del donatario, pero una vez aceptada y perfeccionada la donación, por regla general es irrevocable. Siendo un contrato, procede su extinción por mutuo acuerdo, no por la voluntad unilateral de una de las partes. Sin embargo, por ser un acto de liberalidad cabe de forma excepcional su revocación por voluntad del donante y a través de un proceso judicial.

El art. 2793 C se refiere al caso de la revocación por ingratitud en los siguientes términos, "La donación entre vivos puede, revocarse por ingratitud".

En vista de que el donante favorece al donatario, éste debería estarle agradecido y en caso de ingratitud por un hecho ofensivo, el donatario se hace indigno de la liberalidad. Pero la ley no concede esta acción de revocación por ingratitud a cualquier hecho de desagradecimiento sino cuando está revestido de una especial gravedad. Como ejemplos de estas indignidades podríamos señalar las de los artos. 988 C y ss. que se refieren a la sucesión testamentaria pero que por analogía pueden aplicarse a las donaciones y describen los siguientes casos: a) dar muerte o intentar matar al autor de la liberalidad; b) obligarle a hacer el testamento o modificarlo; c) impedirle hacer el testamento o revocar el ya hecho o suprimir, alterar o ocultar el testamento posterior. No obstante, estas causales no deben verse como un número limitado, sobre todo si tomamos en cuenta que la segunda

---

<sup>99</sup> J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de...*, op. cit., nota 86, pp. 95-97.

<sup>100</sup> Art. 2790 C: "La donación entre vivos no es resoluble porque después de ella le hayan nacido al donante uno o más hijos legítimos, a menos que esta condición resolutoria se haya expresado en la escritura pública de donación".



parte del recién citado art. 2793 C explica que "Se entiende por acto de ingratitud, cualquier hecho ofensivo del donatario, que le hiciere indigno para heredar al donante". De esta manera cualquier hecho grave que atente contra la dignidad del donante puede ser causal de revocación por ingratitud.

El donatario sentenciado por ingratitud será considerado como un poseedor de mala fe (art. 2794 C)<sup>101</sup>. Esta acción prescribe a los cuatro años contados desde que el donante tuvo conocimiento del hecho ofensivo y no se transmite a sus herederos, excepto en el caso de que fallezca después de haber interpuesto la acción, o que el hecho ofensivo haya producido su muerte o se haya ejecutado después de su deceso (art. 2795 C)<sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup> Art. 2794 C: "En la restitución a que estuviere obligado el donatario por **causa de ingratitud** será considerado como poseedor de mala fe desde la perpetración del hecho ofensivo que haya dado lugar la revocación".

<sup>102</sup> Art. 2795 C: "La acción revocatoria termina en cuatro años contados desde que el donante tuvo conocimiento del hecho ofensivo; y se extingue por su muerte, a menos que haya sido intentada judicialmente durante su vida, o que el hecho ofensivo haya producido la muerte del donante o ejecutándose después de ella.

'En estos casos la acción revocatoria se transmitirá a los herederos".

## **Tema II: Contratos traslativos del uso o disfrute.**

### **1.- Arrendamiento.**

Nuestro Código siguiendo la inspiración romanista establece que el arrendamiento puede ser de cosas, obras o servicios, es decir, a cambio del pago de un precio uno de las partes del contrato se obliga hacia la otra a proporcionarle el goce o uso de una cosa, o a ejecutarle una obra o a prestarle determinados servicios (art. 2810 C)<sup>103</sup>. Estas figuras a pesar de estar aglutinadas dentro del concepto general de arrendamiento, son muy diferentes por eso conviene estudiarlas por separado. Pero antes vamos a examinar elementos generales del contrato de arrendamiento.

#### **1.1.- Capacidad para contratar el arrendamiento.**

El art. 2813 C, establece que "Pueden dar en arrendamiento los que pueden contratar". Además de esta capacidad para obrar, es necesario, en el caso de arrendamiento de cosas, ser dueño de la cosa objeto de arrendamiento o estar autorizado por el dueño o por la ley para realizar el contrato, todo esto de acuerdo al art. 2814 C que establece, "El que no fuere dueño de la cosa, podrá arrendarla, si tiene facultades para celebrar este contrato, ya en virtud de autorización expresa del dueño, ya por disposición de la ley". Así, puede arrendar quien tiene poder de administración (art. 3296.3 C)<sup>104</sup>, el acreedor anticresista (art. 3929 C)<sup>105</sup>, el

---

<sup>103</sup> Art. 2810 C: "Se llama arrendamiento o locación el contrato por cual dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra o a prestar un servicio; y la otra a pagar por este uso, goce, obra o servicio un precio determinado y cierto. Se llama arrendador o locador el que da la cosa en arrendamiento, y locatario, arrendatario o inquilino el que la recibe".

<sup>104</sup> Art. 3296.3 C "Por el poder general para todos, alguno o algunos negocios, tiene el mandatario respecto del negocio o negocios a que su poder se refiere, amplia y general administración, comprendiendo entre ésta, las facultades siguientes:... 3.º Alquilar o arrendar los bienes muebles o inmuebles hasta por un año; pero si el poder fuere limitado a cierto tiempo, el término del alquiler o arrendamiento no debe exceder de ese tiempo.

usufructuario (arts. 2816, 1490 y 1508 C)<sup>106</sup>, el acreedor de la servidumbre (art. 2816 C), los entes públicos, de conformidad con las normas administrativas que los rigen (art. 2825 C)<sup>107</sup>.

## **1.2.- El objeto del arrendamiento.**

En general todas las cosas, derechos o servicios que están en el comercio de los hombres pueden ser objeto de arrendamiento. En este sentido dice el art. 2812 C, "Las cosas muebles no fungibles y no consumibles, y las raíces sin excepción, pueden ser objeto de arrendamientos". Esta disposición es complementada con el art. 2963 C, "Pueden ser materia de este contrato todas las cosas muebles que están en el comercio, con tal que no sean fungibles ni consumibles". Hay que interpretar estos preceptos en el sentido que los bienes fungibles que se consumen por el uso no puede ser objeto de arrendamiento porque precisamente el objeto del arrendamiento debe ser devuelto al concluir el contrato y si fuese un bien consumible no podría ser devuelto.

Los derechos de uso y habitación no pueden ser objeto de arrendamiento (art. 1548 C)<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> Art. 3929 C: "El acreedor anticresista no puede dar en arriendo por más de dos años la cosa que recibe en anticresis; y el precio del arriendo será fijado por peritos".

<sup>106</sup> Art. 2816 C: "Pueden arrendarse el usufructo y la servidumbre con sujeción a las disposiciones contenidas en los artículos que de ellas tratan". Art. 1490 C: "El usufructuario puede gozar por sí mismo de la cosa usufructuada, arrendarla a otro; enajenar, arrendar y gravar el ejercicio de su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito; pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario, terminarán con el usufructo". Art. 1508 C: "El usufructuario que dé en arriendo o que enajene su derecho de usufructo será responsable de los daños que los bienes sufran por culpa o negligencia de la persona que le sustituya".

<sup>107</sup> Art. 2825 C: "Los arrendamientos de bienes nacionales, municipales, de corporaciones o establecimientos de utilidad pública, serán juzgados por las disposiciones del Derecho administrativo, o por las que les sean peculiares. Sólo en subsidio lo serán por los preceptos de este Código; pero no les alcanza lo ordenado en el artículo 2820".

<sup>108</sup> Art. 1548 C: "Los derechos de uso y habitación no se pueden enajenar, arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de títulos". La razón de ser de esta prohibición es por el carácter personalísimo de esta clase de derechos. D. ESPÍN CANOVAS, *Manual de...*, op. cit., nota 1, p. 607.

Como todo objeto de un contrato, además debe ser posible, lícito y determinado no sólo con referencia a la cosa en sí misma, sino con referencia al uso o goce que al arrendatario se concede.

### 1.3.- Duración.

El art. 2820 C señala que el contrato de arrendamiento no puede tener una duración superior a los diez años:

“El contrato de arrendamiento no puede hacerse por mayor tiempo que el de diez años. salvo el arrendamiento de predios rústicos con el fin de destinarlos en su mayor parte al cultivo de plataneros, bananeros, hules, cacaoales, cocales, abacales u otras plantas perennes, el que podrá extenderse en cuanto a su duración hasta veinte años. El contrato que en cada caso se hiciere por un lapso mayor quedará concluido al terminar dicho plazo”.

En la práctica esta norma es inobservada por la figura de la tácita reconducción que significa la prórroga del contrato de arrendamiento cuando a la fecha de su vencimiento ninguna de las partes manifiesta su intención de darlo por finalizado, es decir, el arrendatario no entrega el objeto y continúa pagando el canon del arriendo y el arrendador sigue cobrando los abonos del arriendo<sup>109</sup>; en estos casos, el arrendamiento se considera prorrogado por un año labrador si es rural y seis meses si es urbano y (arts. 2926 y 2928 C)<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil*, t. II: “Derecho de...”, *op. cit.*, nota 3, p. 158; J. GÚZMAN GARCÍA y J. J. HERRERA ESPINOZA, *Contratos...*, *op. cit.*, nota 2, p. 298.

<sup>110</sup> Art. 2926 C: “Si después de terminado el arrendamiento continúa el arrendatario sin oposición en el goce y uso del predio, y éste es rústico, se entenderá renovado el contrato por otro año labrador.

‘Se llama **año labrador** el espacio de tiempo necesario, según las circunstancias del terreno, y las condiciones de la siembra para cosechar los frutos, ya sea ese tiempo mayor, ya sea menor que el año civil.

Art. 2928 C: “En el caso del artículo 2926 si el predio fuere urbano, el arrendamiento no se tendrá por renovado; pero si el arrendador hubiere recibido del inquilino la renta de cualquier espacio de tiempo subsiguiente a la terminación del contrato, se tendrá éste renovado por seis meses, y así sucesivamente”.

#### **1.4.- La forma.**

De acuerdo al art. 2824 C "El arrendamiento debe otorgarse por escrito cuando la renta mensual, anual o la cantidad determinada que por él se fije, pasa de cien pesos" y para el caso de arrendamiento de inmuebles cuya duración sea de cuatro años o más se requiere escritura pública (art. 2483.2 C).

#### **1.5.- La renta o el precio.**

De conformidad al art. 2823 C, "La renta o el precio del arriendo puede consistir en una suma de dinero o en cualquier cosa equivalente con tal que sea cierta y determinada".

El ya citado art. 2810 C, establece que el precio debe ser determinado y cierto. Todo lo relativo al precio, consentimiento y demás requisitos esenciales de la compraventa, es aplicable al contrato de arrendamiento.

#### **1.6.- Arrendamiento de cosas.**

Es un contrato en virtud del cual el arrendador proporciona durante cierto tiempo el uso goce de una cosa o derecho al arrendatario y éste a cambio de ello paga un precio.

##### **1.6.1.- Principales obligaciones del arrendador.**

A- Entregar al arrendatario la cosa arrendada con todos sus accesorios (llaves, instalaciones de servicios públicos, servidumbres, etc.) y permitirle su uso o disfrute (art. 2826 C incisos 1 y 4).

B- Conservar la cosa arrendada en el mismo estado durante el arrendamiento, haciendo para ello todas las reparaciones necesarias (art. 2826.2 C).

C- Defender a través del saneamiento al arrendatario (art. 2826 incisos 4 y 5. C).

D- Pagar los impuestos en relación a la cosa, salvo pacto en contrario (art. 2832 C).

E- Entregar los saldos que al final del contrato hubieren a favor del arrendatario (art. 2834 C).

### **1.6.2.- Principales obligaciones del arrendatario.**

A- Pagar el precio o canon del arriendo en la forma, lugar y fecha estipulada (art. 2860, 2862, 2863, 2865, 2866, 2868 C).

B- Cuidar la cosa arrendada con la diligencia debida (art. 2860.2 C).

C- Destinar la cosa objeto del contrato de acuerdo al uso convenido en el contrato de arriendo (art. 2860.3 C).

D- Informar al arrendatario cualquier afectación física o jurídica hecha por terceras personas (art. 2881 C).

E- No subarrendar la cosa sin el consentimiento del arrendador y si contare con su autorización, responderá por cualquier daño ocasionado por el subarrendatario (art. 2884-2885 C).

F- Restituir la cosa al concluir el arriendo (art. 2890 C).

### **1.6.3.- Arrendamiento de fincas urbanas.**

La Ley N° 118 de 6 de diciembre de 1990 llamada "Ley de inquilinato", regula lo relativo a los arrendamientos de bienes inmuebles (entiéndase fincas urbanas) cuyo valor catastral no supera los 30 mil córdobas oro, si están situados en el Departamento de Managua y de bienes raíces que no superen los veinte mil córdobas oro si están situados fuera de la capital con el objeto de usarlos como vivienda. Debido a la devaluación que ha tenido estos montos, en la práctica esta ley tiene poca aplicación.

El código civil regula el arrendamiento de casas entre los arts. 2899-2908.

### **1.6.4.- Arrendamiento de fincas rústicas.**

Entre los arts. 2909-2923 C, se regula lo relativo a los arrendamientos de fincas rústicas. Estas fincas rurales pueden ser rentadas a través de los convenios conocidos como "Contratos de aparcería o colonia" mediante el cual el titular de una finca rústica cede su explotación a un aparcero a cambio de repartirse los productos en partes iguales o en proporción a sus respectivas aportaciones (arts. 3123 C y ss.).

### **1.6.5.- Arrendamiento de bienes muebles.**

Ya se ha mencionado que de conformidad con el art. 2963 C, los bienes fungibles y consumibles no pueden ser objeto de arrendamiento. La razón de esta prohibición la explican los doctores GUZMÁN y HERRERA en el hecho de que si la cosa arrendada fuera fungible (sustituible) estaríamos ante un negocio que podría calificarse más bien de permuta; y en el caso de que fuese un bien consumible, estaríamos ante un préstamo de consumo. No obstante, si se considera que bienes

fungibles como carros o películas perfectamente son objeto de arrendamiento, no tiene sentido prohibir el arrendamiento de bienes fungibles, de tal manera que la única interpretación lógica de este precepto es considerar, como se ha dicho, que además de bienes fungibles deben ser consumibles, porque un bien consumible sí que carece de sentido que pueda ser objeto de arriendo.

### **1.7.- Arrendamiento de servicio u obra (remisión).**

Antes de la promulgación de nuestro Código de trabajo de 1945, el Código civil se encargaba de regular los contratos de obras y de prestación de servicios; de tal manera que el art. 369 del Código laboral recién citado deroga del Código civil el Capítulo VIII: "Del contrato de obras o prestación de servicios, y primeramente del servicio doméstico"; el Capítulo IX: "Del servicio por jornal"; el capítulo XI: Del arrendamiento de servicios inmateriales y el XII: "Del aprendizaje". Por ser esta clase de contratos una evidente área del derecho laboral, dejamos a esa rama el estudio de la misma.

### **1.8.- Extinción del contrato de arrendamiento.**

El contrato de arrendamiento, como todo contrato, se extingue por las causas generales que extinguen a los contratos, como por ejemplo si por cualquier razón se acaban las obligaciones en los casos de confusión (porque el arrendatario hereda al arrendador o viceversa; también, cuando el arrendatario adquiere de la cosa o el derecho a disfrutarla por un concepto distinto (como usufructuario).

El art. 2924 C establece las siguientes causales de extinción del contrato de arrendamiento: 1º Por haberse cumplido el plazo fijado en el contrato o satisfecho el objeto para el cual la cosa fue arrendada; 2º Por convenio expreso; 3º Por nulidad y 4º por rescisión.



Cabe destacar que la muerte del arrendador o del arrendatario no son motivos para rescindir el contrato de arrendamiento, salvo pacto en contrario (art. 2944 C)<sup>111</sup>.

En caso de que no se hubiere fijado el plazo del arrendamiento, se puede poner fin al contrato a través de un proceso denominada desahucio que consiste en notificar la intención de poner fin a la relación contractual de forma anticipada. Esta anticipación se ajustará al período de tiempo que regula los pagos y puede hacerlo cualquier funcionario judicial o notario (art. 2958 C)<sup>112</sup>.

## **2.- El mutuo o préstamo de consumo.**

El art. 3390 C explica que "Habrá mutuo o préstamo de consumo, cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que esta última est  autorizada a consumir, devolviendo en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad".

"La cosa que se entrega por el mutuante al mutuuario debe ser consumible, o fungible aunque no sea consumible" (art. 3391 C). La lógica de este precepto se encuentra en el hecho de que si la voluntad de las partes fuera la restitución de la misma cosa entregada, no habrá mutuo sino depósito o comodato. Y en caso de restituir una cosa distinta, nos encontrar mos en la hipótesis de permuta.

---

<sup>111</sup> Art. 2944 C: "El contrato de arrendamiento no se rescinde por la muerte del arrendador, ni la del arrendatario, salvo convenio en otro sentido".

<sup>112</sup> Art. 2958 C: "Si no se ha fijado tiempo para la duración del arriendo, o si el tiempo no es determinado por el servicio especial a que se destina la cosa arrendada o por la costumbre, ninguna de las dos partes podrá hacerlo cesar, sino desahuciando a la otra, esto es, notici ndoselo anticipadamente.

'La anticipación se ajustará al período o medida de tiempo que regula los pagos. Si se arrienda a tanto por día, semana, mes, el desahucio será respectivamente de un día, de una semana, de un mes.

El desahucio empezar  a correr al mismo tiempo que el próximo período, y podrá hacerse ante cualquier funcionario judicial, o ante cualquier cartulario, sin necesidad de incorporar el pedimento ni la notificación en el protocolo".

El mutuo puede ser gratuito u oneroso (art. 3393 C).

### **2.1.- El interés legal o consensual.**

El interés legal tiene un carácter supletorio cuando alguna cláusula del contrato prevé el pago de intereses pero no fija el porcentaje del mismo, de esta manera dice el art. 3401 C "Si se estipulan en general intereses sin determinar su cuota, se entenderán los intereses legales". Y este interés legal es el del nueve por ciento anual (art. 3402 C).

Dada la importancia que tiene este tema y sobre todo si se considera los abusos usureros que se comete en los préstamos en dinero, ha sido necesaria la intervención estatal que regule el préstamo entre particulares mediante las leyes 176/94 de 3 de junio, "reguladora de préstamo entre particulares" y su reforma a través de la ley 374/2001 de 5 de abril, "De reformas a la ley 176". De acuerdo al art. 2 de esta ley 176 se establece:

"El interés anual máximo con que se puede pactar los préstamos entre particulares objeto de esta Ley, será la tasa de interés promedio ponderado que cobren los bancos comerciales autorizados en el país, en la fecha de contratación del préstamo, en cada rubro. Estas tasas deberán ser publicadas por el banco Central de Nicaragua (BCN) en cualquier medio de comunicación social escrito con cobertura nacional, en los últimos cinco días de cada mes, para que la misma tenga vigencia durante todo el mes inmediato posterior.

"Del cálculo de interés promedio ponderado se excluyen, el interés cobrado en las operaciones de tarjeta de crédito e intereses cobrados en concepto de sobregiro".

Y los intereses moratorios no pueden superar el 25 % de la suma principal, según el art. 4 de la misma ley.

Si el mutuuario por error paga más intereses que los estipulados, no puede recobrar lo indebidamente pagado, en aplicación en virtud del principio de quien paga a sabiendas de que no debe hace donación (art. 3403 C)<sup>113</sup>.

## **2.2.- Plazo para la restitución.**

En primer lugar, se debe respetar el plazo establecido en el contrato de mutuo para devolver la cosa. El art. 3412 C faculta al mutuuario a pagar la suma pactada antes de la fecha de vencimiento, salvo que se hubiesen pactado intereses<sup>114</sup>.

En caso de que no se hubiese fijado un plazo para el pago, no se podrá exigir hasta pasados 90 días (art. 3409 C)<sup>115</sup>.

Cuando después de vencido el plazo para realizar el pago el mutuante continuase recibiendo intereses se considerará prorrogado el contrato por un plazo igual al anteriormente establecido (art. 3415 C)<sup>116</sup>. Hay que aclarar que esta norma no rige para los bancos e instituciones similares de acuerdo al art., 59.2 de la Ley general de Bancos e instituciones similares, quienes puede continuar recibiendo

---

<sup>113</sup> J. J. GUZMÁN GARCÍA y J. J. HERRERA ESPINOZA, *Contratos...*, op. cit., nota 2, p. 450. Art. 3403 C: "Si el mutuuario hubiere pagado intereses que no estaban estipulados, no está obligado a continuar pagándolos en adelante; pero no tendrá derecho de repetir lo pagado ni imputarlo al capital.

<sup>114</sup> Art. 3412 C: "Aún antes del término estipulado podrá pagar el mutuuario toda la suma prestada, salvo que se hayan pactado intereses".

<sup>115</sup> Art. 3409 C: "Si no se hubiere fijado término para el pago, no habrá derecho a exigirlo hasta pasados noventa días después de la entrega".

<sup>116</sup> Art. 3415 C: "Cuando después de vencido el plazo fijado por el mutuante y el mutuuario para que éste verifique el pago, continúa el mutuante recibiendo intereses por el tiempo posterior al del vencimiento, se entenderá prorrogado el contrato por un plazo igual al primitivamente estipulado".

intereses después del plazo pactado para el pago y no por eso se considera prorrogado el contrato.

### **2.3.- Anatocismo.**

El anatocismo consiste en la acumulación intereses al capital y sobre la suma que resulte se calculan otra vez los intereses. El anatocismo puede ser legal y convencional. El legal lo contempla el art. 1868 C, "Los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto".

Antes de la reclamación judicial, en principio, se prohíbe el anatocismo, pero pueden establecerse plazos para la capitalización de los intereses de conformidad al art. 3414 C: "Se prohíbe cobrar interés de los intereses vencidos, pero sí, puede estipularse períodos no menores de un año para la estipulación de intereses vencidos y no pagados, pudiéndose desde entonces cobrar los intereses del capital liquidado".

En el caso del anatocismo convencional, que se origina por voluntad de las partes, cuando se trata de particulares la referida 176/94 de 3 de junio, "reguladora de préstamo entre particulares", en la parte *in fine* del art. 4 prohíbe el anatocismo: "Los intereses no podrán ser capitalizados". En cambio, tratándose de personas jurídicas como montes de piedad, cajas de ahorro e instituciones bancarias se rigen por la Ley general de Bancos e instituciones similares.

### **3.- El comodato o préstamo de uso.**

El art. 3416 C estipula que "Habrà comodato o préstamo de uso, cuando una parte entregue a la otra gratuitamente alguna cosas no fungible, mueble o raíz con facultad de usarla". Resulta claro que este contrato tiene que ser gratuito, ya que en

caso contrario si se cobrara algo, el contrato se transformaría de comodato a arrendamiento o locación. Y tienen que ser las cosas no fungibles porque de lo contrario, de ser fungibles (sustituibles) el contrato sería un mutuo o préstamo de consumo (recuérdese el art. 3391 C). Para los juristas DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, El objeto del contrato de comodato lo constituyen cosas que no se consumen, pues en este sentido se utiliza la expresión de bienes [no] fungibles..."<sup>117</sup>.

En este tipo de contrato existe la peculiaridad de permitir a un incapaz otorgarlo en vista de que mediante el comodato se procura un beneficio desinteresado al incapaz, pero si se le perjudica el Código civil autoriza al comodante o comodatario incapaz pedir la nulidad del contrato, pero, por el contrario, no faculta al comodatario o comodante capaz pedir la nulidad del contrato. Si ambos contratantes (comodante o comodatario) son incapaces cualquiera de ellos puede pedir la nulidad del contrato (arts. 3418 y 3419 C)<sup>118</sup>.

Pero esto no significa que el menor tiene una especie de "cheque en blanco" para contratar y anular el contrato cuando le parezca porque el art. 3420 aclara que tratándose de un menor adulto que con dolo a inducido a la otra parte a contratar, su incapacidad no lo autoriza para anular el contrato y debe devolver la cosa prestada como si fuere capaz<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de...*, op. cit., nota 18, p. 402.

<sup>118</sup> Art. 3418 C: "Si el comodante es incapaz para contratar, o está bajo una incapacidad accidental, puede demandar al comodatario capaz o incapaz por la nulidad del contrato, y exigir la restitución de la cosa antes del tiempo convenido; más el comodatario capaz no puede oponerle la nulidad del contrato". Art. 3419 C: "El comodante capaz no puede demandar la nulidad del contrato al comodatario incapaz; más el comodatario incapaz puede oponer la nulidad al comodante capaz o incapaz".

<sup>119</sup> Art. 3420 C: "Si el comodatario incapaz no fuere menor impúber y hubiere inducido con dolo a la otra parte a contratar, su incapacidad no lo autoriza para anular el contrato y debe devolver la cosa prestada como si fuere capaz".

### 3.1.- Características de los bienes que se entregan.

Hemos visto que el art. 3416 C menciona las cosas no fungibles mueble o raíz pueden ser objeto de este contrato. Y el art. 3421 C deja abierta la posibilidad de prestar bienes consumibles cuando sean considerados como no fungibles para ser restituidos idénticamente, por ejemplo, una botella de vino que tiene doscientos años de antigüedad y se presta para una exhibición. Interpretando a contrario *sensu* este art. 3421 C se deduce que los bienes consumibles considerados fungibles (sustituibles) no pueden ser objeto de comodato sino de mutuo, como una botella de vino normal.

### 3.2.- Duración.

En cuanto a la duración del contrato de comodato en primer lugar se debe atender a lo pactado entre las partes o por haberse realizado el servicio para lo cual fue la cosa prestada (art. 3432 C)<sup>120</sup>; Comentando este art. El jurista BAUDRY sostiene que si "no se ha fijado el tiempo del contrato o no se ha determinado el uso, el comodante puede pedir la restitución de la cosa cuando le convenga"<sup>121</sup>; si antes de la conclusión del plazo surge una imprevista y urgente necesidad, podrá el comodante pedir la restitución de la cosa al comodatario (art. 3445 C)<sup>122</sup>. Por último se toma en cuenta el uso o utilidad de la cosa o la costumbre del lugar; si aún así no se puede deducir el tiempo de duración se considera al comodato precario y el comodante puede pedir la restitución cuando quiera (art. 3446 C)<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> 3432 C: Cesa el comodato por concluir el tiempo del contrato; o por haberse terminado el servicio para el cual la cosa fue prestada, y debe ser restituida al comodante en el estado en que se halle, con todos sus frutos y acciones aunque hubiere sido estimada en el contrato. Se presume que el comodatario la recibió en buen estado, hasta que se pruebe lo contrario".

<sup>121</sup> Citado por J. CUADRA ZAVALA, *Anotaciones...*, *op. cit.*, nota 18, p. 677.

<sup>122</sup> Art. 3445 C: "Si antes de llegado el plazo concedido para usar de la cosa prestada, sobreviene al comodante alguna imprevista y urgente necesidad de la misma cosa, podrá pedir la restitución de ella al comodatario".

<sup>123</sup> Art. 3446 C: "Si el préstamo fuere **precario**, es decir, si no se pacta la duración del comodato ni el uso de la cosa, y éste no resulta determinado por la costumbre del pueblo, puede el

### **3.3.- Obligaciones del comodatario.**

- A- Conservar la cosa (arts. 3427 y 3430 C)
- B- Usar la cosa dentro de los límites establecidos (art. 3429 C).
- C- Restituir las cosas prestadas una vez finalizado el contrato (art. 3432 C).

### **3.4.- Obligaciones del comodante.**

- A- Dejar que el comodatario y sus herederos usen la cosa (arts. 3444 al 3446 C)
- B- Responder por los vicios ocultos (art. 3447 C)
- C- Asumir los gastos de conservación de la cosa (art. 3448 C).

### **3.5.- Ausencia del derecho legal de retención.**

Tomando en cuenta que se trata de un contrato gratuito y de beneficencia, se le niega al comodatario al derecho legal de retención aún por los gastos extraordinarios (art. 3439 C).

---

comodante pedir la restitución de la cosa cuando quisiere. En caso de duda, incumbe la prueba al comodatario.

‘Constituye también **precario** la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño’.

## **Tema III: Contratos de gestión.**

### **1.- El mandato.**

El mandato es un contrato mediante el cual una persona llamada mandante confía a otra llamada mandatario la gestión de uno o varios negocios a cuenta y riesgo del mandante<sup>124</sup>.

El instrumento o documento donde conste el mandato se llama poder (art. 3293.2 C). Por esto al mandante y mandatario se les llama también poderdante y apoderado.

El mandato puede ser oneroso o gratuito, si nada se ha estipulado se presume oneroso (art. 3299 C)<sup>125</sup>.

#### **1.1- Capacidad.**

El mandante debe tener la capacidad que se exige para que cualquier persona pueda contratar, es decir, la capacidad de obrar que tiene toda persona mayor de 21 años o emancipada o mayorizada.

En cuanto al mandatario el art. 3301 C, "No pueden ser mandatarios los que no tienen capacidad para obligarse por sí mismo". No obstante, la segunda parte de este artículo deja abierta la posibilidad de que un menor pueda ser mandatario no

---

<sup>124</sup> I. ESCOBAR FORNOS, *Contratos, op. cit.*, nota 12, p. 200. Nuestros legisladores prudentemente se abstuvieron de dar un concepto de mandato; por el contrario, en el derecho español el art. 1709 nos proporciona la siguiente definición: "Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra". Esta definición es cuestionada y se le achaca el inconveniente de abarcar toda clase de servicios u obras, por lo que resultarían comprendidos en el mandato el arrendamiento de servicios y obras, cuando en realidad se trata de contratos diferentes. D. ESPÍN CANOVAS, *Manual de...*, *op. cit.*, nota 1, p. 656.

<sup>125</sup> Art. 3299 C: "El mandato no se presume gratuito; lo será, si así se ha estipulado".



judicial<sup>126</sup>. Algunos autores plantean que esto pueda obedecer a no impedir que en caso de necesidad, se puede acudir a un menor para que realice una actividad<sup>127</sup>. Pero, el mandante no tendrá acción contra el menor sino conforme a las reglas generales que rigen la responsabilidad de estos menores que curiosamente se refieren a la responsabilidad extracontractual (art. 2511 C).

## **1.2.- Forma.**

El contrato de mandato como todo contrato consensual tiene libertad de forma, en este sentido, el art. 3293 C dispone que puede celebrarse por escrito de forma privada o pública, por telégrafo e incluso por carta; también puede celebrarse de forma oral y hasta por teléfono.

Los poderes general y generalísimo deben otorgarse en escritura pública (art. 3293.3 C).

La aceptación que perfecciona esta clase de contrato puede hacerse de forma expresa o tácita, ésta última se presume por cualquier acto en ejecución del mandato (art. 3294 C)<sup>128</sup>.

## **1.3.- Obligaciones y prohibiciones del mandatario.**

A.- Ejecución del mandato.

B.- Respetar los límites del mandato, excepto en los casos establecidos por la ley (arts. 3310 C) y si no respeta esos límites, debe responder por los daños y

---

<sup>126</sup> Entiéndase un menor adulto, porque un impúber es absolutamente incapaz.

<sup>127</sup> J. GUZMÁN y J. HERRERA ESPINOZA, *Contratos civiles...*, op. cit., nota 2, p. 399.

<sup>128</sup> Art. 3294 C: "El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación tácita o expresa del apoderado o mandatario. La aceptación tácita se presume por cualquier acto en ejecución del mandato; excepto los que se hicieren para evitar perjuicios al mandante mientras nombra otro apoderado".

perjuicios (3323 C)<sup>129</sup>. Los límites del mandato pueden ser traspasados por el mandatario, siempre que con ello se reporte una mayor utilidad al mandante (art. 3329 C)<sup>130</sup>; por ejemplo, Juan le da poder a Pedro para que le compre un inmueble por el precio de C\$ 50,000.00 o bien le da poder para que gestione un préstamo a un interés del 15%, en estos casos el mandatario podría gestionar el préstamo a un menor interés o la compraventa a un precio más bajo<sup>131</sup>.

C.- Debe actuar con la diligencia de un buen padre de familia (art. 3309.1 C)<sup>132</sup>.

D.- Abstenerse a ejecutar el mandato si este es pernicioso para el mandatario y tal daño no ha sido previsto por este último (art. 3311 C)<sup>133</sup>.

E.- Privarse de comprar por sí o por tercera persona los bienes que el mandante le encomiende vender, así como tampoco venderle lo que el poderdante le haya encargado comprar, sino es con su aprobación expresa. Tampoco podrá tomar para sí, el dinero encomendado a prestarlo con interés sin la anuencia del mandante (art. 3312 C)<sup>134</sup>.

---

<sup>129</sup> Art. 3323 C: "El mandatario que se exceda de sus facultades, es responsable de los daños y perjuicios que cause al mandante y al tercero con quien contrató, si éste ignoraba que aquel traspasaba los límites del mandato".

<sup>130</sup> 3329 C: "En general podrá el mandatario aprovecharse de las circunstancias para realizar su encargo con mayor beneficio o menor gravamen que los designados por el mandante; con tal que bajo otros respectos no se aparte de los términos del mandato. Se le prohíbe apropiarse lo que exceda del beneficio o minore el gravamen designado en el mandato".

<sup>131</sup> I. ESCOBAR FORNOS, *Contratos, op. cit.*, nota 12, p. 215.

<sup>132</sup> Art. 3309.1 C: "El mandatario cuidará como un buen padre de familia del cumplimiento de su encargo. Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado".

<sup>133</sup> Art. 3311 C: "El mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato, cuya ejecución sería manifiestamente perniciosa al mandante, si el daño no ha sido previsto por éste".

<sup>134</sup> Art. 3312 C: "No podrá el mandatario por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le haya ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le haya ordenado comprar, si no fuere con aprobación expresa del mandante".

Si tuviere encargo de tomar dinero prestado, podrá prestarlo al mismo interés designado por el mandante, o a falta de esta designación, al interés corriente; pero facultado para colocar dinero a interés, no podrá tomarlo prestado para sí, sin la aprobación del mandante".

F.- Notificar la imposibilidad de ejecutar el mandato (art. 3316 C)<sup>135</sup>.

G.- Responder por los daños y perjuicios que su actuación negligente ocasionare (arts. 3320, 3334, 3323 C)<sup>136</sup>, incluyendo el pago de intereses (art. 3319 C)<sup>137</sup>.

H.- Debe rendir cuenta de su gestión (art. 3318 C)<sup>138</sup>.

#### **1.4.- Obligaciones del mandante.**

A.- En caso de ser oneroso, el mandante debe pagar la remuneración acordada por las partes o estimada por peritos (art. 3337.3 C)<sup>139</sup>.

B.- Proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato (art. 3337.1 C)<sup>140</sup>.

---

<sup>135</sup> Art. 3316 C: "El mandatario que se halle en la imposibilidad de obrar con arreglo a sus instrucciones, debe notificarlo al mandante y tomar las providencias conservatorias que las circunstancias exijan.

"Compete al mandatario probar la fuerza mayor o caso fortuito que le impida llevar a efecto las órdenes del mandante".

<sup>136</sup> Art. 3320 C: "Estando varias personas encargadas juntamente del mismo mandato, cada una de ellas responderá de sus actos, no habiéndose estipulado otra cosa". Art. 3334 C: "El mandatario es responsable tanto de lo que ha recibido de terceros en razón del mandato (aún cuando no se deba al mandante), como de lo que ha dejado de recibir por su culpa". Art. 3323 C: "El mandatario que se exceda de sus facultades, es responsable de los daños y perjuicios que cause al mandante y al tercero con quien contrató, si éste ignoraba que aquel traspasaba los límites del mandato".

<sup>137</sup> Art. 3319 C: "El mandatario debe intereses de las cantidades que aplicó a usos propios, desde el día que lo hizo, y de las que reste a deber, concluido el mandato, desde que se ha constituido en mora".

<sup>138</sup> Art. 3318 C: "El mandatario es obligado a dar cuenta de su administración conforme al convenio, si lo hubiere; no habiéndolo, cuando el mandante la pida, y en todo caso, al fin del contrato. Las partidas importantes de su cuenta serán documentadas, si el mandante no le hubiere relevado de esa obligación. La relevación de rendir o de comprobar cuentas no exonera al mandatario de los cargos que contra él justifique el mandante.

"La rendición de cuentas se ventilará ante la autoridad del lugar en que se ejerció el mandato, la cual será también competente para conocer de las demandas por costas y honorarios".

<sup>139</sup> Art. 3337.3 C: "El mandante está obligado:.... 3º A proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato".

C.- Reponer los gastos y las anticipaciones en que haya incurrido el mandatario en cumplimiento del mandato, así como indemnizarle cualquier perjuicio que la ejecución del mandato le haya causado al mandatario (art. 3337 C inc. 3, 4 y 5)<sup>141</sup>.

D.- Cumplir con las obligaciones contraídas por su mandatario en su nombre con respecto a terceras personas (art. 3339 C)<sup>142</sup>.

### 1.5.- Mandato y representación.

Hemos visto que el mandato es el contrato por medio del cual una persona llamada mandante encarga a otra llamada mandatario la gestión de uno o varios negocios a cuenta y riesgo del mandante; el mandato implica entonces una relación interna entre mandante y mandatario. En cambio, cuando hablamos de la representación, hacemos referencia a la relación entablada entre el mandatario y los terceros con quienes contrata, de manera que en la mayoría de los casos el **mandato es con representación**, cuando el mandatario interactúa con terceros en representación de su mandante; sin embargo, puede darse el caso del **mandato sin representación**, cuando, por ejemplo, la gestión del mandatario no implica un vínculo con terceros o, también hay mandato sin representación cuando el mandatario sobrepasa los límites del mandato (arts. 3323 y 3333 C). Finalmente, puede haber **representación sin mandato** cuando, si, como dicen los juristas

<sup>140</sup> El mandante está obligado:... 1º A proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato”.

<sup>141</sup> Art. 3337 inc. 3, 4, 5: “El mandante está obligado:... 3º A pagarle la remuneración estipulada o usual determinada ésta por peritos. 4º A pagarle las anticipaciones de dinero con los intereses corrientes. 5º A indemnizarle las pérdidas que se le hayan ocasionado sin culpa suya o por causa del mandato”.

<sup>142</sup> Art. 3339 C: “El mandante cumplirá las obligaciones que a su nombre ha contraído el mandatario, dentro de los límites del mandato.

“Aunque el mandatario obrare fuera de los términos del poder, el mandante quedará obligado por sus actos si expresa o tácitamente ratifica cualesquiera obligaciones contraídas a su nombre”.



LACRUZ BERDEJO y otros, detrás de la actuación representativa, no hay un contrato de mandato, sino otra clase de relación jurídica como un arrendamiento de servicios; un contrato de sociedad; un contrato de trabajo... <sup>143</sup>; por lo tanto, es en esta relación contractual laboral que insertamos el Contrato de representación como una modalidad de la **representación sin mandato**.

## **1.6.- Clases de mandato.**

### **1.6.1.- Generalísimo.**

Es el más amplio de todos los poderes, mediante el mismo el mandatario puede ejecutar todos los actos que podría hacer el mandante, excepto los personalísimos.

Así, el art. 3295 establece que

"En virtud del mandato o poder generalísimo para todos los negocios de una persona, el mandatario pueda vender, hipotecar y de cualquier modo enajenar o gravar toda clase de bienes; aceptar o repudiar herencias, gestionar judicialmente, celebrar toda clase de contratos y ejecutar todos los demás actos jurídicos que podría hacer el poderdante, excepto los que conforme a la ley deben ser ejecutados por el mismo dueño en persona y los actos para los cuales la ley exige expresamente un poder especialísimo.

"Si las facultades generalísimas fueren sólo para alguno o algunos negocios, el mandatario tendrá respecto del negocio o negocios a que su poder se refiere y de los bienes que ellos comprendan, las mismas facultades que conforme al inciso anterior tiene el apoderado generalísimo para todos los negocios de una persona".

---

<sup>143</sup> J. L LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil*, t. II: "Derecho de...", *op. cit.*, nota 3, p. p. 212. A veces la representación sin mandato es impuesta por la ley como el caso de la patria potestad, en donde los progenitores representan a sus hijos menores de edad o incapacitados.

### **1.6.2.- General.**

Mediante esta clase de mandato se restringe las facultades del mandatario a amplia y general administración de todos los bienes o de ciertos bienes del mandatario, pero no puede enajenar gravar bienes inmuebles o derechos; conforme el art. 3296 C tiene las siguientes facultades:

1º Celebrar los convenios y ejecutar los actos necesarios para la conservación o explotación de los bienes.

2º Intentar y sostener judicialmente las acciones posesorias y las que fueren necesarias para interrumpir la prescripción respecto de las cosas que comprende el mandato.

3º Alquilar o arrendar los bienes muebles o inmuebles hasta por un año; pero si el poder fuere limitado a cierto tiempo, el término del alquiler o arrendamiento no debe exceder de ese tiempo.

4º Vender los frutos así como los demás bienes muebles que por su naturaleza están destinados a ser vendidos o se hallan expuestos a perderse o deteriorarse.

5º Exigir judicial o extrajudicialmente el pago de los créditos y dar los correspondientes recibos.

6º Ejecutar todos los actos jurídicos que según la naturaleza del negocio, se encuentren virtualmente comprendidos en él como medios de ejecución o como consecuencia necesaria del mandato.

### **1.6.3.- Especial.**

Este mandato especial es el más restringido de todos es utilizado para determinado acto jurídico judicial o extrajudicial y no se le permite al mandatario bajo ninguna circunstancia traspasar los límites de este acto jurídico (art. 3297 C)<sup>144</sup>.

---

<sup>144</sup> Art. 3297 C: "El poder especial para determinado acto jurídico judicial o extrajudicial, sólo faculta al mandatario para el acto o actos especificados en el mandato sin que pueda extenderse ni aún a aquellos que pudieran considerarse como consecuencia natural de los que el apoderado está encargado de ejecutar".

#### **1.6.4.- Especialísimo.**

Este es un tipo de mandato que debido a la naturaleza o importancia del acto la norma exige un poder especialísimo para el mismo. De acuerdo con el art. 3358 C, se necesita poder especialísimo para contraer matrimonio, para reconocer e inscribir en el registro a hijos y para cualquier otro caso que la ley demande un poder especialísimo, como por ejemplo, mediante la Ley 485/2004 se faculta a los cónyuges para divorciarse por medio de apoderado especialísimo.

#### **1.7.- Extinción del mandato.**

El art. 3345 C establece que el mandato termina 1º por el desempeño del acto jurídico para el cual fue constituido; 2º por el cumplimiento del plazo extintivo o condición resolutoria; 3º Por revocación del mandato; 4º por renuncia del mandatario; 5º por muerte del mandante o mandatario; 6º por la quiebra o concurso del uno o del otro (mandante o mandatario); 7º por la interdicción del cualquiera de ellos; 8º por la cesación de las funciones del mandante, si el mandato ha sido dado en ejercicio y por razón de ellas.

Hay que señalar que estas causales recién referidas no son las únicas que ocasionan la extinción del mandato, que como cualquier otro contrato se extingue también por acuerdo entre las partes (art. 2004 C); por novación, que en este caso se daría por la sustitución del mandante o mandatario; por confusión de las calidades de mandatario o mandante en una misma persona; por caso fortuito o fuerza mayor, como por ejemplo cuando se destruye la cosa objeto del mandato; por nulidad, etc.

## 2.- La sociedad.

Con el ánimo de conseguir más fácilmente ciertos fines de contenido económico, los seres humanos se agrupan para obtener algunas ganancias y repartírselas, en esto consiste el contrato objeto de nuestro estudio; es decir, la sociedad es un contrato por medio del cual dos o más personas ponen en común sus bienes o industrias con el objeto de dividir entre sí los beneficios (art. 3175 C)<sup>145</sup>.

La sociedad es una persona jurídica distinta a la de los socios (art. 3188 C)<sup>146</sup>. De tal manera que los derechos y las deudas asumidos a título personal de los socios son independientes de los de la sociedad (art. 3189 C)<sup>147</sup>.

### 2.1.- Elementos de la sociedad.

#### 2.1.1.- Capacidad.

Nuestro Código civil no hace mucha alusión con respecto a la capacidad de los sujetos para realizar el contrato de sociedad, excepto de forma indirecta en el citado art. 3175 que se refiere a las personas que pueden realizar este tipo de contratación como "los que puedan disponer libremente de sus bienes". Entonces hay que acudir a las reglas generales sobre la capacidad de obrar que ostentan los mayores de 21 años o los emancipados o mayorizados.

---

<sup>145</sup> Art. 3175 C: "Se llama **sociedad** el contrato en virtud del cual, los que pueden disponer libremente de sus bienes o industrias, ponen en común con otra u otras personas, esos bienes o industrias, o los unos y las otras juntamente con el fin de dividir entre sí el dominio de los bienes y las ganancias y pérdidas que con ellos se obtengan, o sólo las ganancias y pérdidas".

<sup>146</sup> Esto concuerda con el art. 1.2 C que dice que las personas son naturales y jurídicas. Art. 3188 C: "La sociedad forma una persona moral distinta de cada uno de los socios individualmente considerados".

<sup>147</sup> Art. 3189 C: "La sociedad puede ser deudora, o acreedora de los socios: los derechos y las obligaciones de éstos son independientes de los de aquella, y no se identifican sino en los casos expresamente prevenidos por la ley".



### **2.1.2.- Constitución de un fondo en común.**

Los aportes que realizan los socios constituye el capital social; este puede consistir en dinero, bienes o industrias (art. 3177 C)<sup>148</sup>. Estos bienes deben estar detallados en escritura pública so pena de nulidad (art. 3181 C)<sup>149</sup>. El socio que aporta mayor cantidad de dinero u otros valores se denomina socio capitalista, y el que aporta su trabajo personal o ejercicio de su profesión, se llama socio industrial.

### **2.1.3.- Reparto de utilidades.**

Los socios deben estar, como dice el dicho popular, "en las duras y en las maduras"; es decir, deben repartirse las ganancias y las pérdidas en proporción a sus aportes. Son nulas las sociedades leoninas, que son las que establecen que los beneficios pertenecen a ciertos socios mientras las pérdidas son de otros (art. 3187 C)<sup>150</sup>.

### **2.1.4.- Objeto social.**

El objeto es la materia del negocio de la sociedad, o sea, la realidad sobre la cual versa o el fin del contrato de sociedad. Este objeto debe lícito (art. 3176 C)<sup>151</sup>, además de determinado y posible.

---

<sup>148</sup> Art. 3177 C: "Cada socio debe llevar a la sociedad dinero, otros bienes, o industria".

<sup>149</sup> Art. 3181 C: "La sociedad será nula, cuando, consistiendo en bienes, no se hiciere de éstos una relación circunstanciada en la escritura, cuando ésta sea necesaria".

<sup>150</sup> Art. 3187 C: "Será nula la sociedad en que se estipule que los provechos pertenezcan exclusivamente a alguno o algunos de los socios y todas las pérdidas a otro u otros".

<sup>151</sup> Art. 3176 C: "Toda sociedad debe tener un objeto lícito y celebrarse para utilidad común de las partes".

## **2.2.- Clases de sociedades.**

### **2.2.1.- Sociedades civiles y mercantiles.**

Dentro del derecho privado las sociedades pueden ser civiles y mercantiles. Nuestra legislación civil atiende al objeto que persiguen para distinguir a las sociedades civiles y mercantiles, de tal manera que las sociedades son mercantiles cuando se forman para actos de comercio y las demás son civiles (art. 3191 C)<sup>152</sup>.

El art. 3192 C establece que "Las sociedades comerciales se rigen por el Código de Comercio: las civiles por el presente, pero podrá estipularse que aun las civiles se rijan por las reglas comerciales".

### **2.2.2.- Sociedades universales y singulares.**

Las sociedades universales se pueden formar con todos los bienes presentes de los socios y con todas las ganancias que se adquieren de ellos. En este sentido reza el art. 3201 C: "Sociedad de todos los bienes presentes es aquella por la que los contratantes ponen en común todos los bienes muebles y raíces que poseen actualmente y las utilidades que unos y otros pueden producir". Pero, en el siguiente artículo se deja abierta la posibilidad que la sociedad universal se conforme, además, con todas las ganancias y frutos futuros (art. 3202 C)<sup>153</sup>.

En la sociedad universal de todos los bienes, la sociedad adquiere la propiedad de todos los bienes (art. 3209 C)<sup>154</sup>. Y en la sociedad universal de todas

---

<sup>152</sup> Art. 3191 C: "Las sociedades son civiles o comerciales: son comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio; las demás son civiles".

<sup>153</sup> Art. 3202 C: "La sociedad universal de todos los bienes puede hacerse extensiva por voluntad de los contrayentes a las ganancias y frutos de los futuros, cualquiera que sea el título porque se adquieran éstos".

<sup>154</sup> Art. 3209 C: "En la sociedad universal de todos los bienes la propiedad de éstos deja de ser individual, y se transfiere a la persona moral de la sociedad".

las ganancias, los socios conservan la propiedad de los bienes y comparten de forma común y la administración de los bienes, cuando así se haya estipulado (3205, 3210, 3211 C)<sup>155</sup>. Si solo se establece que la sociedad es universal sin una posterior calificación se considerará como de ganancia (art. 3206 C).

En cambio, en la sociedad particular no se aportan todos los bienes de los socios y "tiene únicamente por objeto cosas determinadas, su uso o sus frutos o una empresa señalada, o el ejercicio de una profesión o arte" (3216 C)<sup>156</sup>.

### **2.3.- Derechos y obligaciones de los socios.**

A.- Aportación social (art. 3228 C)<sup>157</sup>.

B- Responder por evicción y vicios redhibitorios (art. 3230 C)<sup>158</sup>.

C- Pagar los intereses en caso de mora en la aportación de dinero (art. 3231 C) y también cuando utilice los fondos de la sociedad en beneficio personal (art. 3232 C)<sup>159</sup>.

---

<sup>155</sup> Art. 3205 C: "La sociedad universal de ganancias no comprende sino lo que las partes adquieren por su industria y todos los frutos y rendimientos de sus bienes habidos y por haber". Art. 3210 C: "En la sociedad universal de todas las ganancias cada uno de los socios conserva la propiedad de sus bienes y el derecho de ejercitar todas las acciones reales que por razón de ellos les competen". Art. 3211 C: "En la sociedad a que se refiere el artículo anterior, sólo será común el dominio de las ganancias y la administración de los bienes, cuando así se haya estipulado".

<sup>156</sup> Art. 3216 C: "La sociedad particular tiene únicamente por objeto cosas determinadas, su uso o sus frutos o una empresa señalada o el ejercicio de una profesión o arte".

<sup>157</sup> Art. 3228 C: El socio es deudor a la sociedad de todo lo que al constituirla se haya comprometido a llevar a ella".

<sup>158</sup> Art. 3230 C: "También queda sujeto cada socio a prestar la evicción y a indemnizar por los defectos de las cosas ciertas y determinadas que haya aportado a la sociedad, en los mismos términos y de igual modo que lo está el vendedor respecto del comprador; mas si lo que prometió fue el aprovechamiento de bienes determinados, responderá por ellos según los principios que rigen las obligaciones entre arrendador y arrendatario".

<sup>159</sup> Art. 3231 C: "El socio que no entregare a la sociedad la suma de dinero a que se hubiere obligado, será responsable de los intereses o réditos, desde la fecha en que debió hacer la prestación, y además de los daños y perjuicios, si procediere con culpa o dolo". Art. 3232 C: "En la misma

D- Derecho a repartirse las utilidades y recuperar los aportes en caso de disolución de la sociedad (arts. 3233, 3240, 3241, 3242 , 3243 C, etc.).

E- Reparar cualquier perjuicio que cause, como por ejemplo el de los arts. 3232 y 3238 C)<sup>160</sup>.

F- Administrar la sociedad. Cuando no se ha nombrado administrador, cualquiera de los socios tiene poder de administración (del art. 3263 al art. 3267C). Se puede conceder un poder de administración a uno o varios socios<sup>161</sup>.

## **2.4.- Disolución de la sociedad.**

Las causas por las que se puede disolver la sociedad consisten en:

A) No cumplir con la cuota de aportación social, en caso de que los restantes socios decidan no continuarla (arts. 1885 y 3284 C)<sup>162</sup>.

B) Por concluir el tiempo por el que fue constituida (art. 3285.1 C)<sup>163</sup>. Si la sociedad no tiene plazo, su duración será el tiempo que dure el negocio y en cualquier otro caso, por toda la vida de los asociados (art. 3227 C)<sup>164</sup>, salvo que se

---

responsabilidad incurrirá el socio que sin autorización expresa distrajerse de los fondos comunes alguna suma para su provecho particular.

<sup>160</sup> Art. 3238 C: "El socio es responsable para con la sociedad de los perjuicios que le cause por su culpa o negligencia; y no puede compensarlos con los provechos que le hubiere procurado por su industria en otros casos".

<sup>161</sup> I. ESCOBAR FORNOS, *Contratos, op. cit.*, nota 12, p. 190.

<sup>162</sup> Art. 3284 C: "El contrato de sociedad queda sin efecto, si habiendo prometido uno de los socios contribuir con la propiedad o el uso de alguna cosa, no lo cumple dentro del término estipulado".

<sup>163</sup> Art. 3285.1 C: "La sociedad acaba: 1º Cuando ha concluido el tiempo por el que fue contraída".

<sup>164</sup> Art. 3227 C: "La sociedad dura por el tiempo convenido; a falta de convenio, por el tiempo que dure el negocio que le ha servido exclusivamente de objeto si tal negocio tiene por su

establezca que en caso de fallecimiento las obligaciones derivadas de la sociedad se transmiten a los herederos del socio (3288 C)<sup>165</sup>.

C) Cuando se pierde la cosa o se consume el negocio que le sirve de objeto (art. 3285.2 C)<sup>166</sup>.

D) Por muerte, interdicción civil o insolvencia de cualquier socio (art. 3285.3 C)<sup>167</sup>. Cuando solamente son dos socios, la sociedad se extingue por el fallecimiento de alguno de ellos, excepto que se haya establecido que la sociedad continuará con los herederos del causante. En caso de ser más de dos socios, los sobrevivientes pueden pactar que la sociedad continúe con los restantes socios o con los sucesores del fallecido (art. 3288 C).

E) Por la renuncia de alguno de los socios, notificada a los demás, siempre que no sea maliciosa ni extemporánea (art. 3285.4 C)<sup>168</sup>. Es de mala fe la renuncia cuando el socio que la efectúa se propone aprovecharse de los beneficios que los socios deberían recibir (art. 3286 C)<sup>169</sup>. Se dice que es extemporánea la renuncia si las cosas no se encuentran en su estado íntegro y la sociedad puede ser perjudicada con la disolución en ese momento (art. 3287 C)<sup>170</sup>. De acuerdo con el art. 3290 C, la disolución por renuncia solamente tendrá lugar en las sociedades de duración

---

naturaleza una duración limitada; y en cualquier otro caso, por toda la vida de los asociados, salvo la facultad que se les reserva en el art. 3288".

<sup>165</sup> Art. 3288 C: "La sociedad continuará aunque fallezca alguno de los socios, si se ha estipulado que siga con los herederos del difunto o con los socios existentes".

<sup>166</sup> Art. 3285.2 C: "La sociedad acaba:... 2º Cuando se pierde la cosa o se consume el negocio que le sirve de objeto".

<sup>167</sup> Art. 3285.3 C: "La sociedad acaba:... 3º "Por muerte, interdicción civil o insolvencia de cualquiera de los socios".

<sup>168</sup> Art. 3285.4 C: "La sociedad acaba: "Por renuncia de alguno de los socios, notificada a los demás y que no sea maliciosa ni extemporánea".

<sup>169</sup> Art. 3286 C: "La renuncia se considera de mala fe cuando el socio que la hace se propone aprovecharse exclusivamente de los beneficios que los socios deberían recibir en común con arreglo al convenio".

<sup>170</sup> Art. 3287 C: "Se dice extemporánea la renuncia, si las cosas no se hallan en su estado íntegro y la sociedad puede ser perjudicada con la disolución en ese momento".

ilimitada. En cambio, en las sociedades por tiempo determinado, no cabe la disolución por renuncia, salvo por causa legítima, como puede ser la incapacidad de alguno de los socios, falta de cumplimiento de sus obligaciones o cualquier otro motivo que cause un perjuicio irreparable a la sociedad<sup>171</sup>.

F) Por separación del socio administrador, cuando haya sido nombrado en el contrato de constitución de la sociedad (art. 3285.5)<sup>172</sup>. Pero se puede pactar que la sociedad continúe pese a que se remueva al socio administrador nombrado en el contrato de sociedad<sup>173</sup>.

G) Por acuerdo de todos los socios. Esta causal se extrae del art. 2479 C, que establece la extinción del contrato por mutuo disenso.

H) Cuando los acreedores particulares de uno de los socios piden la separación de bienes, la ejecución y embargo de la parte social que le corresponde al deudor (art. 3283 C)<sup>174</sup>.

I) Cuando un juez o tribunal la declare disuelta por cualquier causa legal como falta de escritura pública, objeto ilícito o imposible, etc.

---

<sup>171</sup> Art. 3290 C: "La disolución de la sociedad por la renuncia de alguno de los socios, solamente tendrá lugar en las sociedades de duración ilimitada".

<sup>172</sup> Art. 3285.5 C: "La sociedad acaba: 5º Por la separación del socio administrador, cuando éste haya sido nombrado en el contrato de sociedad".

<sup>173</sup> I. ESCOBAR FORNOS, *Contratos, op. cit.*, nota 12, p. 195.

<sup>174</sup> Art. 3283 C: "En el segundo caso del artículo que precede, quedará disuelta la sociedad, y será responsable el socio ejecutado de los daños y perjuicios que a los otros se sigan, verificándose la disolución extemporánea".

## Tema IV: Contratos de custodia.

### 1.- El depósito.

El contrato de depósito es aquel por medio de cual una persona llamada depositante o deponente acuerda entregar a otra denominada depositario una cosa para custodiarla y devolverla cuando se la pida<sup>175</sup>. En este sentido dice el art. 3449 C que "El depósito en general es un acto por el cual se recibe la cosa ajena con la obligación de custodiarla o restituirla en especie, sin facultad de usarla ni aprovecharse de ella". Si el depositario tiene la facultad de usar o servirse de la cosa, el contrato se transforma en mutuo, comodato, uso o usufructo (art. 3464 C)<sup>176</sup>.

Pese a que se le define como un acto, es más correcto definirlo como un contrato. El depósito suele ser gratuito, pero puede acordarse una gratificación al depositario (art. 3451 C)<sup>177</sup>.

El objeto del depósito puede ser bienes muebles o inmuebles, pues la ley no dice nada al respecto, pero se considera que solo cabe sobre bienes muebles, pues son los únicos susceptibles de ser guardados<sup>178</sup>; por el contrario, en caso de

---

<sup>175</sup> Para el jurista DE COSSÍO Y CORRAL, "El depósito es una relación jurídica que puede tener su origen en las más diversas causas, inspirándose y estableciéndose como manifestación de una obligación general de custodia que en todo caso nos afecta, cuando tenemos en nuestro poder cosas que son de la propiedad de otro". A. DE COSSÍO Y CORRAL *Instituciones de Derecho civil*, t. I: "Parte general. Obligaciones y contratos", revisado y puesto al día por M. DE COSSÍO Y MARTÍNEZ y J. L. ALONSO, Civitas, Madrid, 1988, p. 559.

<sup>176</sup> Art. 3464 C: "Cuando el depositario tiene permiso del dueño para usar o servirse de la cosa, el contrato muda de especie, convirtiéndose en mutuo, comodato, uso, o usufructo".

<sup>177</sup> Art. 3451 C: "El depósito es por su naturaleza gratuito; pero el depositario puede, sin embargo, estipular alguna gratificación".

<sup>178</sup> I. ESCOBAR FORNOS, *Contratos*, t. II, Universidad centroamericana, Managua, 1991, p. 33.

secuestro, éste puede recaer sobre bienes inmuebles según se deduce del art. 3519 C<sup>179</sup>.

### 1.1.- Capacidad.

En principio se establece la capacidad general para poder contratar, o sea, la capacidad de obrar (art. 3455 C)<sup>180</sup> y también es necesario la libre disposición del bien que se entrega en depósito. No obstante, si se contrata con alguien incapaz, ésta persona no está exenta de las obligaciones derivadas del depósito (3456 C)<sup>181</sup>. El incapaz que acepta el depósito, puede oponer excepción de nulidad si se le demanda por daños y perjuicios, pero no podrá eximirse de la obligación de restituir la cosa depositada (art. 3457 C)<sup>182</sup>.

### 1.2.- Clases de depósito.

El depósito puede ser voluntario cuando las partes en virtud de la autonomía de la voluntad deciden realizarlo (art. 3449 C).

El depósito es necesario o miserable cuando en ocasión de una catástrofe se constituye por urgente necesidad (art. 3502 C)<sup>183</sup>. Si alguien se aloja en un establecimiento, el dueño y sus dependientes se consideran depositarios de los

---

<sup>179</sup> J. J. GUZMÁN GARCÍA y J. J. HERRERA GARCÍA, *Contratos...*, op. cit., nota 2, p. 513. Art. 3519 C: "El secuestro de un inmueble tiene, relativamente a su administración, las facultades y deberes del mandatario, y deberá dar cuenta de sus actos al Juez, cuando cese en el cargo antes de concluirse el pleito, o al adjudicatario, terminado aquel".

<sup>180</sup> Art. 3455 C: "Pueden dar en depósito todos los que pueden contratar".

<sup>181</sup> Art. 3456 C: "La incapacidad de uno de los contratantes no exime al otro de las obligaciones a que están sujetos el que deposita y el depositario".

<sup>182</sup> Art. 3457 C: "El incapaz que acepta el depósito, puede, si se le demanda por daños y perjuicios, oponer como excepción la nulidad del contrato; mas no podrá eximirse de restituir la cosa depositada, si se conserva aún en su poder, o el provecho que hubiere recibido de su enajenación".

<sup>183</sup> Art. 3502 C: "El depósito se llama **necesario**, cuando la elección de depositario no depende de la libre voluntad del depositante, como en el caso de un incendio, ruina, saqueo, u otra calamidad semejante".



bienes del cliente y se equipara este depósito al depósito necesario (art. 3506)<sup>184</sup>. Lo mismo se establece a los administradores de fondas, cafés, billares, baños y establecimientos similares (art. 3513 C)<sup>185</sup>.

El secuestro, es una modalidad de depósito de cosas sometidas a juicio y virtud del mismo se establece que los bienes estén en poder de un tercero que se obliga a entregarlos una vez concluido el juicio (3514 C)<sup>186</sup>. El secuestro puede ser convencional o voluntario y judicial. El primero acontece por voluntad de las partes y el segundo por mandato judicial. El secuestro puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles (art. 3519-3520C)<sup>187</sup>. Para que el secuestro surta efectos contra terceros debe inscribirse en el competente registro.

### **1.3.- Obligaciones del depositario.**

A.- Custodiar y guardar la cosa (arts. 3449 y 3461.1 C)<sup>188</sup>. Esta es la principal obligación del depositario. Debe custodiar y guardar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia. El depositario no responde por caso fortuito o fuerza mayor,

---

<sup>184</sup> Art. 3506 C: "Los efectos que el que se aloje en una posada introduce en ella, entregándolos al posadero o a sus dependientes, se mirarán como depositados bajo la custodia del posadero. Este depósito se asemeja al necesario y se le aplican los artículos precedentes".

<sup>185</sup> Art. 3513 C: "Lo dispuesto en los artículos anteriores se aplica a los administradores de fondas, cafés, casas de billar o de baños y otros establecimientos semejantes".

<sup>186</sup> Art. 3514 C "El secuestro es convencional o judicial.

El secuestro convencional se verifica cuando los litigantes depositan la cosa litigiosa en poder de un tercero, que se obliga a entregarla, concluido el pleito, al que conforme a la sentencia tenga derecho a ella".

<sup>187</sup> Art. 3519 C: "El secuestro de un inmueble tiene, relativamente a su administración, las facultades y deberes del mandatario, y deberá dar cuenta de sus actos al Juez, cuando cese en el cargo antes de concluirse el pleito, o al adjudicatario, terminado aquel. Arto. 3520 C "Cuando el secuestro lo es de un bien mueble deberá también rendir cuenta en los términos consignados en el artículo anterior".

<sup>188</sup> Art. 3461.1 C: "El depositario está obligado:

<sup>190</sup> A prestar en la guarda de la cosa depositada, el cuidado y diligencia que acostumbra un buen padre de familia".

salvo que se haya obligado a ello o que acontezcan estando mora el depositario (art. 3462 C)<sup>189</sup>.

B.- Restituir la cosa cuando le fuere exigido con todos los frutos y accesorios (art. 3461.2 C)<sup>190</sup>. Aunque exista un plazo para el depósito el depositario debe entregar la cosa cuando lo solicite el depositante (art. 3480 C)<sup>191</sup>. En caso de que exista plazo, el depositario también puede devolver la cosa antes de su expiración si existe justa causa (art. 3482 y 3485 C)<sup>192</sup>. La restitución la debe hacer el depositario, su representante legal o su heredero<sup>193</sup>; y la entrega ha de hacerse al depositante o a sus herederos (art. 3470 C)<sup>194</sup>; pero si en vigencia del contrato el depositante perdiere su capacidad, la entrega podrá efectuarse a su representante (art. 3475 C)<sup>195</sup>.

C.- Reparar los daños y perjuicios que por su culpa ocasione. Nuestra legislación civil cuando regula el contrato de depósito no establece explícitamente esta obligación, pero la misma se deduce por el incumplimiento del deber de custodia y por una interpretación a *contrarius sensu* del art. 3462 que establece que salvo pacto en contrario el depositario no responde de caso fortuito o fuerza mayor, de manera que en sentido contrario se entiende que sí respondería por los daños

---

<sup>189</sup> Art. 3462 C: "El depositario no es responsable del caso fortuito y de la fuerza mayor, si no se ha obligado a uno u otra expresamente, o si sobreviniere estando la cosa en su poder, por haber sido moroso en restituirla".

<sup>190</sup> Art. 3461.2: "El depositario está obligado:...

'2º A restituir el depósito cuando le fuere exigido con todos sus frutos y acciones".

<sup>191</sup> Art. 3480 C: "El depositario debe restituir la cosa depositada en cualquier tiempo en que la reclame el deponente, aunque al constituirse el depósito se haya fijado plazo y éste no hubiere llegado".

<sup>192</sup> Art. 3482 C: "El depositario puede por justa causa devolver la cosa antes del plazo convenido". Art. 3485 C: "Cuando no se ha estipulado tiempo el depositario puede devolver el depósito al deponente cuando quiera, siempre que le avise con una prudente anticipación, si se necesita preparar algo para la guarda de la cosa".

<sup>193</sup> J. J. GUZMÁN GARCÍA y J. J. HERRERA GARCÍA, *Contratos...*, op. cit., nota 2, p. 514.

<sup>194</sup> Art. 3470 C: "El depositario no debe restituir la cosa sino al que se la entregó, o a aquel en cuyo nombre se hizo el depósito o fue designado para recibirla".

<sup>195</sup> Art. 3475 C: "Si el deponente pierde, después de constituido el depósito, su capacidad para contraer, la cosa depositada se entregará a quien legítimamente desempeñe la administración de los bienes del incapaz.

ocasionados por su comportamiento negligente o doloso. Además que la regla general de la responsabilidad civil contractual contenida en el art. 1860 C así lo dispone. El grado de diligencia que se le exige al depositario será menor si el contrato es gratuito y por el contrario será mayor si el convenio es retribuido (aplicación analógica del art. 3309.1 C)<sup>196</sup>.

#### **1.4.- Obligaciones del depositante.**

A.- Pagar la remuneración al depositario en caso de haberse pactado (art. 3451 C)<sup>197</sup>.

B.- Pagar al depositario los gastos realizados en la conservación de la cosa y los perjuicios que por él haya sufrido. En caso de no recibir el pago de sus honorarios, el depositario puede retener la cosa objeto del depósito, pero no puede retenerla por los perjuicios sufridos (art. 3487 C)<sup>198</sup>.

---

<sup>196</sup> Art. 3309.1 C: "El mandatario cuidará como un buen padre de familia del cumplimiento de su encargo. Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado". J. L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil*, t. II: "Derecho de...", *op. cit.*, nota 3, p. 246.

<sup>197</sup> Art. 3451 C: "El depósito es por su naturaleza gratuito; pero el depositario puede, sin embargo, estipular alguna gratificación".

<sup>198</sup> Art. 3487 C: "El depositario tiene derecho a retener la cosa depositada hasta el entero pago de lo que se le deba por razón del depósito, o por la remuneración que se le hubiere ofrecido, pero no por los perjuicios que el depósito le hubiere causado, ni por ninguna otra causa extraña al depósito".

## **Tema V: Contratos de garantía.**

### **1.- La prenda posesoria.**

El art. 3728 C la define de la siguiente manera: "El deudor puede asegurar el cumplimiento de su obligación entregando al acreedor o quien lo represente, algún objeto mueble para que sirva de garantía. Esto es lo que se denomina prenda".

#### **1.1.- Características esenciales.**

La prenda es un genuino contrato otorgado a favor del acreedor por el propietario de la cosa pignorada que puede ser el mismo deudor un tercero. La ley determina que entre las partes el contrato produce sus efectos con la simple entrega de la cosa, pero con respecto a terceros debe constar en documento público o privado. Así, establece el art. 3734, "El contrato de prenda produce su efecto entre las partes por la entrega de la cosa empeñada; pero con relación a terceros, es necesario que además conste en documento público o privado autorizado por notario o por algún Juez de lo Civil o Local". En caso de que el acreedor pierda la tenencia de la cosa pignorada, puede perseguirla en manos de quien la tenga incluyendo al deudor (art. 3750 C)<sup>199</sup>.

Otra característica esencial de esta clase de prenda consiste en el desplazamiento posesorio (art. 3740 C), pues, como veremos más adelante no todas las clases de prenda contienen esta transmisión<sup>200</sup>.

---

<sup>199</sup> Art. 3750 C: "Si el acreedor pierde la tenencia de la cosa, puede recobrarla en cualquier poder que se halle, sin exceptuar al deudor".

<sup>200</sup> Art. 3740 C: "El que da una prenda está obligado a mantenerla en poder del acreedor, o de la persona encargada de guardarla según el convenio".

El acreedor prendario goza de un derecho prelación (es decir de preferencia) sobre otros acreedores, pero para poder gozar de este privilegio, es indispensable que tenga la posesión del bien prendado o que esté en manos de un tercero designado para tal fin (art. 3732 C)<sup>201</sup>.

Es importante remarcar que solo los bienes muebles pueden ser objeto de prenda, por esta razón en el derecho romano se le llamaba "prenda manual"<sup>202</sup>. Esta característica la encontramos explícitamente señalada por el art. 3729 C, en los siguientes términos, "Pueden ser dados en prenda todos los objetos muebles que sea susceptibles de enajenación".

Finalmente la indivisibilidad de la prenda es otra particularidad digna de mención; de conformidad a la misma, el deudor no puede solicitar la restitución del objeto pignorado si solo ha pagado una parte de la deuda (arts. 3763 y 3765 C)<sup>203</sup>.

## 1.2.- Sujetos.

Las partes que intervienen en esta clase de contratos son el deudor y acreedor pignoraticio, quienes deben tener la típica capacidad de obrar y la libre disposición de sus bienes. No obstante, la ley permite la intervención de una tercera persona que voluntariamente puede proporcionar el bien pignoraticio para garantizar el cumplimiento de la obligación (art. 3735 C)<sup>204</sup>.

---

<sup>201</sup> Art. 3732 C: "El acreedor prendario tiene el derecho de ser pagado con el precio de la cosa que se le dio en prenda antes que los demás acreedores.

"Para gozar del derecho de prelación se requiere que la prenda permanezca en poder del acreedor o de la persona que deba guardarla según el contrato".

<sup>202</sup> J. J. GUZMÁN GARCÍA y J. J. HERRERA GARCÍA, *Contratos...*, op. cit., nota 2, p. 619.

<sup>203</sup> 3763 C: "La prenda es indivisible, no obstante la **divisibilidad** de la deuda.

"El heredero del deudor que ha pagado su porción de la deuda no puede demandar su porción en la prenda, mientras que la deuda no haya sido enteramente pagada, y recíprocamente, el heredero del acreedor que ha recibido su porción de la deuda, no puede librar la prenda en perjuicio de los coherederos que no han sido pagados". Art. 3765 C: "Cuando muchas cosas han sido dadas en prenda, no se puede retirar una sin pagar el total de la obligación".

<sup>204</sup> Art. 3735 C: "La prenda puede constituirse por el propio deudor o por tercero, aún sin consentimiento de aquel".

### 1.3.- Contenido.

El contenido de esta figura jurídica implica en primer lugar el *ius retentionis*, que significa que el acreedor puede retener la cosa y que esta no puede pasar a manos del deudor ni de otra persona (recuérdese el art. 3750C ya citado). En segundo lugar este contrato otorga al acreedor el *ius distraendi* que supone que en caso de incumplimiento, el acreedor puede asegurarse el pago de la deuda mediante la venta del bien pignorado. Muy ligado a este derecho de venta se encuentra el derecho de prelación (*ius praelationis*) que, como hemos explicado, consiste en la preferencia que tiene el crédito del acreedor pignoraticio para ser pagado con la venta del bien prendado sobre otras posibles deudas. El derecho de retención hace alusión a la fase previa al vencimiento de la obligación, mientras que el derecho a realizar la venta se refiere al momento posterior del vencimiento de la obligación<sup>205</sup>.

### 1.4.- Clases de prenda.

Además de la prenda civil, puede existir también una prenda mercantil, que de acuerdo con el Código de comercio se reputa como mercantil la constituida para garantizar un acto de comercio y, además, se reputará mercantil la prenda constituida por un comerciante, a menos que se pruebe lo contrario (art. 506 del Código de comercio); también puede establecerse prendas sobre títulos valores; existen también prendas sin desplazamiento de la posesión, es decir, el deudor retiene la posesión del bien pignorado. En nuestro sistema jurídico existen tres tipos de prenda sin desplazamiento de la posesión: la prenda comercial (regulada por la Ley de prenda comercial, Ley 146 de 5 de marzo de 1992, Gaceta Nº 60 de 27 de marzo de 1992), la prenda agraria e industrial.

---

<sup>205</sup> J. J. GUZMÁN GARCÍA y J. J. HERRERA GARCÍA, *Contratos...*, op. cit., nota 2, p. 622.

La prenda comercial puede constituirse sobre una cosa mueble para garantizar el pago del precio convenido cuando ha sido comprado a crédito o para garantizar un préstamo de dinero destinado a dicha compra (art. 1 de la recién citada LPC).

La prenda agraria e industrial, es regulada por la Ley de 6 agosto de 1937 (Gaceta Nº 174 de 14 de agosto de 1937), reformada por la Ley Nº 120, de 11 de abril de 1973 (Gaceta Nº 95 de 8 de mayo de 1973). Según el legislador solo podrán darse en prenda agraria e industrial los bienes expresamente señalados y estos son: los animales de cualquier especie y sus productos; las máquinas en general, instalaciones, herramientas, utensilios y demás cosas muebles destinadas a trabajos y explotaciones agrícolas, ganaderas o industriales; las semillas, los frutos y las cosechas de cualquier naturaleza, pendientes, en pie o separados, en estado natural o elaborados; las materias primas de toda clase, así como los productos de fábricas o industriales, manufacturados o en curso de fabricación; las sementeras o plantaciones en cualquier estado de su desarrollo; las maderas, en pie, cortadas, labradas o elaboradas; las cosechas o frutos futuros, siempre que los árboles o plantas que deban producirlos hayan de dar cosecha o los frutos, dentro de un plazo no mayor de un año, contado desde la fecha del contrato en que se constituye la prenda (art. 2 de la referida LPAI).

### **1.5.- Extinción de la prenda.**

La prenda puede extinguirse por vía directa e indirecta. La indirecta está consagrada en el art. 3770.1 C que establece que la extinción de la obligación principal extingue la prenda. Esto no es más que una confirmación de la regla

general que establece que extinguida la obligación principal se extingue la accesoria (art. 1877 C)<sup>206</sup>.

La extinción directa puede ser por varias causas: a) al destruirse completamente la cosa empeñada art. 3770.2 C; b) por confusión al pasar a ser del acreedor el objeto pignorado (art. 3770.3 C); c) cuando por condición resolutoria se pierde el dominio que el que dio la cosa en prenda tenía sobre ella (art. 3770.4 C)<sup>207</sup>.

## **2.- Garantía personal: la fianza.**

El deudor se encuentra constreñido al cumplimiento de su obligación; pero, para mayor seguridad del acreedor, se puede establecer que otra persona a través de un contrato asuma la obligación de cumplir, por lo general, en defecto del deudor. Esa otra persona es denominada fiador y el contrato es conocido como fianza<sup>208</sup>.

El art. 3653 de nuestro Código civil define a la fianza en los siguientes términos,

"La fianza es una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no cumple.

---

<sup>206</sup> Art. 1877 C: "Extinguida la obligación principal, queda extinguida la obligación accesoria; pero la extinción de la obligación accesoria no envuelve la de la obligación principal, salvo lo dispuesto para las obligaciones naturales".

<sup>207</sup> Art. 3770.2 C: "Se extingue el derecho de prenda:...

1º Por la destrucción completa de la cosa empeñada.

2º Cuando la propiedad de la cosa empeñada pasa al acreedor por cualquier título.

3º Cuando en virtud de una condición resolutoria se pierde el dominio que el que dio la cosa en prenda tenía sobre ella; pero el acreedor de buena fe tendrá contra su deudor el derecho que le reconoce el art. 3748. Art. 3748 C: "Si resulta no ser propia del deudor la cosa dada en prenda, el acreedor tiene derecho a que se le entregue otra de igual valor cuando menos, para seguridad de su crédito".

<sup>208</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. II: "Derecho de...", *op. cit.*, nota 64, pp. 874-875.



“La fianza puede constituirse no sólo a favor del deudor principal, sino de otro fiador.

Puede ser fiador toda persona capaz de obligarse, salvo las excepciones determinadas por la ley”.

En efecto, se dice que en la fianza hay responsabilidad sin deuda, porque el fiador se compromete a pagar una deuda ajena en caso de que el deudor principal no cumpla<sup>209</sup>. A diferencia de la hipoteca y la prenda, que son garantías reales, en la fianza nos encontramos frente a una garantía personal.

### **2.1.- Obligación fiada.**

La obligación fiada, conocida también como obligación principal es presupuesto del contrato de fianza. De tal manera que con respecto a esa obligación, la fianza es accesoria, y si se extingue la obligación principal, se extingue la accesoria. Por esto el art. 3673 C expresa que, “La fianza no puede existir sin una obligación válida. Si la obligación nunca existió, o está extinguida, o es de un contrato nulo o anulado, será nula la fianza. Si la obligación principal se deriva de un acto o contrato anulable, la fianza también será anulable. Pero si la causa de la nulidad fuere de alguna capacidad relativa del deudor, el fiador, aunque ignore la incapacidad, será responsable como único deudor”.

---

<sup>209</sup> En este sentido nos explica el jurista español DE COSSÍO Y CORRAL: “Podemos decir que lo que en realidad garantiza el fiador no es tanta la deuda como la responsabilidad del deudor: a estos efectos pudiéramos decir que el patrimonio del deudor principal y del fiador constituyen una sola unidad, sobre la que el acreedor puede hacer traba en caso de incumplimiento”. A. DE COSSÍO Y CORRAL *Instituciones de...*, op. cit., nota 158, p. 581.

Se puede afianzar cualquier tipo de obligación, desde la simple y pura, hasta las obligaciones condicionales y a plazo, incluso las obligaciones futuras (art. 3657 C)<sup>210</sup>.

## **2.2.- Clases de fianza.**

De conformidad al art. 3654 C la fianza puede ser convencional, judicial y legal. La primera nace del pacto entre las partes. La fianza legal se deriva de la ley, como por ejemplo, la que deben entregar los herederos del ausente (art. 62 C)<sup>211</sup> o la fianza que deben rendir los guardadores para garantizar los bienes de los pupilos (arts. 416 C)<sup>212</sup>, y la fianza que debe otorgar el usufructuario antes de entrar en posesión de los bienes (1503 C). Y es judicial la fianza que exige el juez, como la fianza que se exige para decretar el embargo preventivo (art. 888 Pr), así como también la fianza de costas (art. 939 Pr) o la fianza que se otorga en el interdicto de obra nueva o ruinosa para decretar su suspensión (art. 1664 Pr) o para ordenar la demolición definitiva (art. 1667 Pr).

La fianza también puede ser simple o subsidiaria y solidaria. La subsidiariedad consiste en que la acción que posee el acreedor en contra del fiador no puede ser ejercida hasta que se ha requerido de pago al deudor principal, en caso contrario, puede el fiador acogerse al beneficio de excusión (art. 3696 C)<sup>213</sup>, es decir, exigir que primero se le cobre al deudor principal antes que a él. En cambio, la fianza es solidaria, cuando el acreedor puede dirigirse a cualquiera de los sujetos: deudor o fiador. En este sentido, dice el art. 3680 C, "La fianza será solidaria con el deudor

---

<sup>210</sup> Art. 3657 C: "Puede afianzarse no sólo una obligación pura y simple, sino condicional y a plazo".

<sup>211</sup> 62 C: "Los bienes del ausente únicamente podrán ser entregados a los herederos y demás interesados, mediante inventario y fianza suficiente".

<sup>212</sup> Art. 416 C: "Para discernir la guarda será indispensable que preceda el otorgamiento de la fianza escriturada a que el guardador está obligado".

<sup>213</sup> Art. 3696 C: "El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor".

principal, cuando así se hubiere estipulado, o cuando el fiador renunciare al beneficio de excusión u orden de los bienes del deudor”.

Hay otra modalidad de la fianza conocida como subfianza o fianza doble, cuando el fiador responde por otro fiador. Estos son los términos en los que se expresa el art. 3653.2 C, “La fianza puede constituirse no sólo a favor del deudor principal, sino de otro fiador”. Nuestro Código reconoce también la subfianza en el art. 3676 C<sup>214</sup>.

No hay que confundir la condición del subfiador con la del cofiador. El primero es, como hemos visto, el que garantiza la obligación de un fiador. En cambio el cofiador, garantiza junto con otros cofiadores el pago del deudor principal (art. 3653.1 C)<sup>215</sup>.

### **2.3.- Forma.**

La fianza puede contratarse de cualquier forma, verbalmente, en documento público o privado, pero si es negada en juicio solamente puede ser probada por escrito en caso de que exceda de cien pesos (art. 3683 C)<sup>216</sup>.

---

<sup>214</sup> Art. 3676 C: “La fianza puede convenirse entre acreedor y fiador, aún sin consentimiento del deudor o del primer fiador, si se refiere a éste”.

<sup>215</sup> Art. 3653.1 C: “La fianza es una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple”.

<sup>216</sup> Art. 3683 C: “La fianza puede contratarse en cualquiera forma: verbalmente, por escritura pública o privada; pero si fuere negada en juicio, sólo podrá ser probada por escrito cuando exceda de cien pesos”.

## 2.4.- Acción de reembolso y acción subrogatoria.

Una vez que el fiador ha pagado la obligación del deudor, tiene en contra de él dos acciones, la de reembolso y la acción subrogatoria. La acción de reembolso está contenida en el art. 3705 C que establece que el fiador debe ser indemnizado por a) la cantidad total de la deuda, b) los intereses de la deuda, contados desde que se le haya hecho saber el pago al deudor, c) los gastos ocasionados al fiador y d) los daños y perjuicios en caso de que procedan.

Con respecto a la acción de subrogación, hay que entender que la subrogación no es más que el cambio de posiciones jurídicas de las partes en una relación; así en el caso que ahora tratamos, se produce una clara subrogación del derecho de crédito dispuesto originariamente a favor del acreedor, ahora puesto en beneficio del fiador que ha pagado la deuda. En este sentido establece el art. 2044 C, "La subrogación tiene lugar por disposición de la ley:... 3º En provecho del que, estando obligado con otros o por otros al pago de una deuda tenía interés en pagarla". En el mismo sentido se expresa el art. 1870 C:

"Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor, para realizar cuanto se les deba, pueden ejercitar todas las acciones y derechos de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean **inherentes a su persona**: pueden también impugnar los **actos** que el deudor haya realizado en fraude de sus derechos".

Y el art. 3713 C completa la idea que exponemos: "El fiador que pague la deuda afianzada, aunque se hubiere obligado contra la voluntad del deudor, queda subrogado en todos los derechos, acciones, privilegios y garantías anteriores y posteriores a la fianza del acreedor contra el deudor, sin necesidad de cesión alguna. Esta disposición comprende los privilegios de hacienda pública".

Hay que destacar que para que el deudor incumplidor se convierta en deudor del fiador, es necesario que se le ponga en conocimiento la realización del pago. (art. 3707 C)<sup>217</sup>.

## **2.5.- Extinción de la fianza.**

La extinción de la fianza puede darse por vía directa en cualquiera de los casos contemplados en los arts. 2004 y 2005 C. No hay que olvidar que la extinción de la obligación secundaria no extingue la obligación principal (art. 1877 C).

Además de las causas generales por las que directamente se extingue cualquier obligación, la fianza se extingue en los casos contemplados en los arts. 3724 y 3727 C<sup>218</sup>.

También, obviamente, se extingue la fianza por extinción de la obligación principal, como resultado de ser una obligación accesoria. En este sentido el art. 3722 C establece que "la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones".

## **3.- La hipoteca.**

El art. 3771 C define a la hipoteca así: "La hipoteca es un derecho constituido sobre los inmuebles o derechos reales del deudor o de un tercero en beneficio del acreedor para asegurar sobre los mismos el cumplimiento de la obligación".

---

<sup>217</sup> Art. 3707 C: "Si el fiador paga sin ponerlo en noticia del deudor, podrá éste hacer valer contra él todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor al tiempo de hacerse el pago".

<sup>218</sup> Art. 3724 C: "Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador". Art. 3727 C: "Los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo".

La hipoteca es la reina de todas las cauciones reales o personales, es la que proporciona mayor seguridad al acreedor porque le concede numerosos derechos: derecho de venta, derecho de preferencia y derecho de perseguir el bien en manos de quien esté. Además de que los inmuebles son duraderos, su precio es estable y es imposible esconderlos; por estas razones, la hipoteca es el más efectivo de los contratos de garantía y son millones en dinero los que garantiza<sup>219</sup>.

### **3.1.- Características principales.**

Como todo contrato de garantía, es un contrato accesorio, de tal manera que extinguida la obligación principal se extingue la hipoteca. En este sentido dice el art. 3862 C: "La hipoteca se acaba por extinción total de la obligación principal sucedida por alguno de los modos designados para la extinción de las obligaciones". Por eso se dice que la hipoteca es hija de la obligación (*Hypotheca est obligationis filia*).

La hipoteca es indivisible, es decir, en caso de que existan varios bienes hipotecados, el gravamen persistirá hasta el pago total de la deuda. Este postulado lo contiene el art. 3776 C: "La hipoteca es indivisible; cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella". Se manifiesta con relación a los bienes hipotecados y con relación al crédito garantizado. Este precepto entra en contradicción con el art. 3785 C que permite la reducción de la hipoteca cuando se verifiquen pagos parciales. En la nota 3 del comentario al art. 3776 C, se explica que tal precepto fue copiado del art. 416 del C civil de Costa Rica, cuya legislación permite la divisibilidad de la hipoteca, pero como en nuestro código está expresamente prohibida, se debe interpretar esta cuestión en el sentido que predomina el art. 3776 C, es decir, que la hipoteca es indivisible<sup>220</sup>.

---

<sup>219</sup> I. ESCOBAR FORNOS, *Contratos, op. cit.*, nota 178, p. 123.

<sup>220</sup> Sobre este tema ver a J. CUADRA ZAVALA, *Anotaciones...*, *op. cit.*, nota 18 bis, p. 768.

Esta clase de garantía permite al acreedor hipotecario perseguir el bien hipotecado en manos de quien esté de conformidad con el art. 3844 C, "La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sean quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido".

Su inscripción en el registro de la propiedad tiene un carácter constitutivo, de acuerdo al art. 3772 C: "La hipoteca debe constituirse por escritura pública e inscribirse en el competente registro". De tal manera que para que pueda tener efectos contra terceros es necesario su inscripción, así lo estipula el art. 3816 C, "La constitución de la hipoteca no perjudica a tercero sino cuando se ha hecho pública por su inscripción en los registros tenidos a este efecto...". Sin embargo, la no inscripción de la hipoteca no significa que carezca totalmente de efectos, porque este mismo art. 3816 C establece que con respecto a las partes contratantes, sus herederos y los que hayan intervenido en el acto, la hipoteca tiene plenos efectos como si estuviera inscrita.

### **3.2.- Clases de hipoteca.**

En atención al objeto sobre el que recae el gravamen hipotecario, las hipotecas pueden ser inmobiliaria y mobiliaria (3799 C).

### **3.3.- Efectos más importantes de la hipoteca.**

a) El dueño del bien hipotecado continúa siendo propietario y como tal tiene el uso, disfrute y dominio (art. 3836 C)<sup>221</sup>; de tal manera que puede arrendar, vender, volver a hipotecar, constituir usufructo, uso y habitación. Siempre y cuando

---

<sup>221</sup> Art. 3836 C: "El deudor propietario del inmueble hipotecado, conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes al derecho de propiedad; pero no puede, con detrimento de los derechos del acreedor hipotecario, ejercer ningún acto de **desposesión** material o jurídica, que directamente tenga por consecuencia disminuir el valor del inmueble hipotecado".

estos actos no redunden en perjuicio del acreedor por la disminución del valor del bien dado en garantía.<sup>222</sup>

b) La hipoteca concede al acreedor tres derechos: de venta, persecución y preferencia. Con respecto al derecho de venta, éste es la principal función de la hipoteca, ya que en caso de incumplimiento por parte del deudor, el acreedor puede vender el bien hipotecado y pagarse con el monto de la venta (arts. 3777, 3792, entre otros)<sup>223</sup>. El derecho de persecución que tiene el acreedor sobre cualquier poseedor del bien hipotecado se desprende del referido art. 3844 C. Y con referencia al derecho de preferencia, este consiste en que el acreedor hipotecario goza de prioridad sobre otros acreedores para saldar su crédito con el bien gravado.

c) Cabe destacar que está expresamente prohibido cualquier pacto que autorice al acreedor a apropiarse de los bienes hipotecados en caso de incumplimiento por parte del deudor (art. 3789 C)<sup>224</sup>. La razón de ser de esta prohibición se fundamenta en que por lo general se garantiza la deuda con bienes cuyo valor supera ampliamente el monto de la obligación adeudada. No obstante, este precepto no imposibilita el acuerdo de dación en pago de bien hipotecado con posterioridad al vencimiento de la obligación.

---

<sup>222</sup> I. ESCOBAR FORNOS, *Contratos, op. cit.*, nota 178, p. 133.

<sup>223</sup> Art. 3777 C: "El acreedor cuya hipoteca se extiende a varios inmuebles tiene derecho a elegir cualquiera de dichos inmuebles, para ser pagado con su valor de la totalidad de su crédito, aunque sobre él se hubieren constituido posteriormente otras hipotecas". Art. 3792 C: "El acreedor cuya hipoteca esté constituida sobre dos o más inmuebles, puede aunque los encuentre en el dominio de diferentes terceros poseedores, perseguirlos a todos simultáneamente, o hacer ejecutar uno solo de ellos".

<sup>224</sup> Art. 3789 C: "Es nula la convención que estipule para el acreedor, en caso de no cumplimiento del deudor, el derecho de apropiarse los bienes hipotecados".



### **3.4.-Extinción de la hipoteca.**

La forma más natural de extinción de la hipoteca consiste en el pago de la obligación principal; también la hipoteca se puede extinguir por cualquiera de las formas establecidas en derecho para que se extingan las obligaciones (art. 3862 C)<sup>225</sup>.

Existen otros supuestos específicos de extinción de las hipotecas,

Por renuncia del acreedor, así lo dispone el art. 3869 C, "La hipoteca se extingue por la renuncia expresa y constante en escritura pública que el acreedor hiciere de su derecho hipotecario consintiendo la cancelación de la hipoteca. El deudor en tal caso, tendrá derecho a pedir que así se anote en el registro hipotecario o toma de razón, y en la escritura de la deuda".

Por novación de la obligación que garantiza, art. 3865: "Si el acreedor novando la primera obligación con su deudor, se hubiere reservado la hipoteca que estaba constituida en seguridad de su crédito, la hipoteca continuará garantizando la nueva obligación". En este supuesto hay que considerar como una nueva hipoteca la que garantiza la nueva obligación.

Por confusión (art. 3867 C)<sup>226</sup>.

También se extingue la hipoteca cuando el que la ha concedido tenía un derecho resoluble o condicional, y la condición resolutoria se cumple o la condición suspensiva no puede acontecer o el derecho se resuelve (art. 3870 C)<sup>227</sup>.

---

<sup>225</sup> Art. 3862 C: "La hipoteca se acaba por la extinción total de la obligación principal sucedida por alguno de los modos designados para la extinción de las obligaciones".

<sup>226</sup> Art. 3867 C: "Cuando se confundan los derechos de acreedor hipotecario y dueño, por el mismo hecho queda extinguida la hipoteca, bastando que al inscribirse la escritura o título que produce la confusión se anote en el lugar correspondiente la cancelación que se ha verificado".

Otra causa de supresión de la hipoteca la constituye la consignación del dinero debido hecha a favor del acreedor hipotecario y admitida mediante sentencia judicial (art. 3868 C)<sup>228</sup>.

Hay que destacar que los arts. 3873 y 3830 C que establecen que la hipoteca se extingue pasado diez años desde su inscripción han sido derogados de conformidad al Decreto 31-01 publicada en La Gaceta 57, de 8 marzo de 1934.

#### **4.- La anticresis.**

El art. 3899 C, define a la anticresis como "... un contrato por el que se entrega al acreedor una cosa raíz para que se pague con sus frutos".

En la actualidad la anticresis no tiene mucha aplicación, porque los acreedores son reacios a administrar bienes ajenos para pagarse una deuda y prefieren subastarlos y pagarse con ellos sus créditos.

##### **4.1.- Objeto.**

Se puede asegurar toda clase de obligaciones pero, de acuerdo a su definición, la anticresis solo puede caer sobre bienes inmuebles y estos deben producir frutos. Esto significa que la anticresis podría recaer sobre usufructo de bien inmueble pero no sobre la nuda propiedad.

---

<sup>227</sup> Art. 3870 C: "La extinción de la hipoteca tiene lugar, cuando el que la ha concedido no tenía sobre el inmueble más que un derecho resoluble o condicional, y la condición no se realiza, o el contrato por el que lo adquirió se encuentra resuelto".

<sup>228</sup> Art. 3868 C: "La consignación de la cantidad debida, hecha por el deudor a la orden del acreedor, extingue la hipoteca en cuanto tuviere fuerza de pago".

## 4.2.- Capacidad.

El art. 3902 C indica que la anticresis solo puede ser establecida por el propietario del inmueble que tenga libre disposición del bien y también por el que tenga derecho a los frutos, como por ejemplo el usufructuario.

## 4.3.- Efectos entre las partes.

### 4.3.1.- Derechos del acreedor anticresista.

a) Derecho de retención, esta facultad la otorga el art. 3906.1 C y consiste en el derecho que tiene el acreedor de retener el bien hasta que la deuda sea pagada íntegramente, incluyendo capital y e intereses<sup>229</sup>. Este derecho retención es de carácter indivisible (art. 3908 C)<sup>230</sup>.

b) Tiene derecho a disfrutar del bien inmueble y de sus frutos.

c) Como administrador del bien, tiene derecho a celebrar los contratos pertinentes siempre que no extiendan más allá de la duración de la anticresis, salvo pacto en contrario (art. 3905 C)<sup>231</sup>.

d) Derecho de venta con preferencia. A falta de pago el acreedor anticresista no puede quedarse de antemano con el bien, pero si puede pedir el embargo y venta judicial del inmueble y este caso tiene derecho de venta con preferencia

---

<sup>229</sup> Art. 3906.1 C: "La anticresis confiere al acreedor el derecho:

'1º De retener el inmueble hasta que la deuda sea pagada íntegramente, salvo el derecho especial adquirido por un tercero sobre el inmueble por efecto de hipoteca anteriormente registrada; **y a quien no se notificó la resolución o escritura en que se constituye la anticresis**".

<sup>230</sup> Art. 3908 C: "El derecho de retención del acreedor anticresista es indivisible".

<sup>231</sup> Art. Art. 3905 C: "Los contratos que el acreedor celebre como administrador de la cosa, son válidos; pero no pueden extenderse a mayor tiempo del que debe durar la anticresis, salvo pacto expreso en contrario".

contra otros acreedores. En este caso se observará el procedimiento establecido en la prenda (arts. 3914, 3931, 3759, 3761 C y art 1633 y ss Pr)<sup>232</sup>.

e) Puede a gravar o enajenar su derecho. Esta potestad la determina el art. 3906.2 C salvo pacto en contrario<sup>233</sup>. No hay que olvidar que el art. 3799.2 C permite hipotecar cualquier derecho real enajenable, entonces se podría hipotecar el derecho de anticresis<sup>234</sup>.

f) Derecho a restituir el inmueble en cualquier tiempo (3922 C)<sup>235</sup>.

---

<sup>232</sup> Art. 3914 C: "La falta de pago no autoriza al acreedor para quedarse con la cosa; debiendo proceder como se dispone respecto de la prenda". Art. 3931 C: "El acreedor anticresista en caso de concurso o quiebra debe ser respetado en su derecho y será pagado con preferencia con el valor de la cosa dada en anticresis...". Art. 3759 C: "Es nula toda cláusula que autoriza al acreedor para apropiarse de la prenda o para disponer de ella por sí mismo, en caso de no ser pagado, pero puede estipularse que, sin necesidad de procedimientos judiciales, se venda por un tercero en pública subasta, conforme a las bases que señalen o hayan señalado el acreedor y deudor". Art. 3761 C: "El acreedor puede adquirir la prenda por la compra que haga en el remate o por su adjudicación".

<sup>233</sup> Art. 3906.2 C: "La anticresis confiere al acreedor el derecho:...

<sup>234</sup> De transferir a otro bajo su responsabilidad el **usufructo** y administración de la cosa si no hubiere estipulación en contrario".

<sup>235</sup> Art. 3799 C: "Pueden hipotecarse:...

<sup>236</sup> Los otros derechos reales enajenables sobre bienes inmuebles".

<sup>237</sup> Art. 3922 C: "El deudor no podrá pedir la restitución del inmueble dado en anticresis, sino después de la extinción total de la deuda; pero el acreedor podrá restituirlo en cualquier tiempo, y perseguir el pago de su crédito por los medios legales, sin perjuicio de lo que hubiere estipulado en contrario".

#### 4.3.2.- Obligaciones del acreedor anticresista.

a) Conservar la cosa como un buen padre de familia y responder por los daños y perjuicios que se produzcan por su culpa (arts. 1863.2 y 3907.1 C)<sup>236</sup>.

b) Pagar cualquier clase de impuestos, carga o contribuciones las cuales puede cubrir con el rendimiento de los frutos (art. 3907.2 C)<sup>237</sup>.

c) Debe conservar el inmueble con todos los derechos que contenía (art. 3924 C)<sup>238</sup>.

d) Rendir cuentas de su administración una vez al año (art. 3907 C).

f) Restituir el inmueble una vez que se le pague íntegramente su crédito (art. 3925 C)<sup>239</sup> o se extinga la obligación principal.

#### 4.3.3.- Derechos y obligaciones del deudor anticresista.

El deudor tiene puede pedir la restitución del inmueble una vez extinguida la obligación principal. Asimismo, puede enajenar el bien raíz sin perjuicio de la anticresis.

---

<sup>236</sup> Art. 3907.1 C: "El acreedor anticresista debe dar **cada año por lo menos** cuenta de los productos de la cosa y responde:

<sup>1º</sup> Por los frutos y rendimientos que se perdieren por su culpa". Art. 1863.2 C: "Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un **buen padre de familia**".

<sup>237</sup> Art. 3907.2 C: "El acreedor anticresista debe dar **cada año por lo menos** cuenta de los productos de la cosa y responde:...

<sup>2º</sup> Por las contribuciones y demás cargas prediales, salvo el derecho de deducirlas del rendimiento.

<sup>238</sup> Art. 3924 C: "El acreedor anticresista es responsable al deudor si no ha conservado todos los derechos que tenía la cosa cuando la recibió en anticresis".

<sup>239</sup> Art. 3925 C: "Desde que el acreedor esté íntegramente pagado de su crédito, debe restituir el inmueble al deudor. Pero si el deudor, después de haber constituido el inmueble en anticresis, contrajere nueva deuda con el mismo acreedor, se observará en tal caso lo dispuesto respecto de la cosa dada en prenda".

En cuanto a sus obligaciones la principal es la entrega del bien dado en anticresis

#### **4.4.- Clases de anticresis.**

La anticresis que hemos visto es la convencional, pero además de ésta la anticresis puede ser judicial, conocida también como prenda pretoria. El art. 3934 C establece que todas las normas referentes a la anticresis se aplicarán a la prenda pretoria sin perjuicio de lo que establezca el Código de procedimiento civil.

Esta figura de la prenda pretoria puede recaer sobre bienes muebles e inmuebles y surge de conformidad con el art. 1778 Pr cuando en una segunda subasta judicial no se presenten compradores, el demandante tiene la elección :a) de adjudicarse el bien, por los dos tercios del último avalúo, b) que se subasten de nuevo por un nuevo precio que designe el juez y c) que se le entreguen los bienes en prenda pretoria, para pagarse con los frutos que produzca el bien.

#### **4.5.- Extinción de la anticresis.**

La anticresis, como todo contrato de garantía, se puede extinguir por expiración de la obligación principal y la causa más frecuente es el pago de la deuda principal. De forma particular, esta clase de contratos se puede extinguir por un abuso en la administración del bien, de acuerdo al art. 3923 C, "El acreedor anticresista que abuse de las facultades que se le confieren en este Capítulo o por el contrato puede ser obligado a restituir la cosa dada en anticresis aun antes de haber sido pagado".

## **Tema VI: Contratos aleatorios.**

Los contratos aleatorios o de suerte se distinguen porque las partes pueden exigirse el total o una parte de las prestaciones determinadas en el contrato mismo, solo si acontecen elementos azarosos; es decir, la mayor o menor onerosidad de este contrato depende de ciertas circunstancias inciertas que no se sabe si ocurrirán ni cuándo, como por ejemplo los contratos de juego, apuesta, el seguro, la renta vitalicia, etc. (artos. 2445 y 3535 CC).

### **1.- El seguro.**

De conformidad al art. 535 del Código de Comercio "El seguro es un contrato por el cual una persona se obliga, mediante una prima, a indemnizar a otra persona de las pérdidas o de los daños que sufra por consecuencia de ciertos acontecimientos fortuitos o de fuerza mayor, o a pagar una suma según la duración o los acontecimientos de la vida de una o muchas personas".

#### **1.1.- Régimen legal.**

De acuerdo a nuestra Constitución, en nuestro ordenamiento jurídico el seguro es una actividad que puede ser desempeñada por el Estado y por la empresa privada<sup>240</sup>. En cuanto al Estado, regula la actividad aseguradora que se vincula con los riesgos típicos de la vida humana: jubilación, viudez, muerte, enfermedad, accidentes, daños, lesiones, etc. Estos seguros que históricamente nacieron como seguros privados, luego dieron origen a los seguros sociales y se canalizan de forma obligatoria dentro del sistema de la Seguridad Social. Y en cuanto a los seguros privados, en general, no necesariamente tienen el carácter obligatorio de los anteriores y la mayoría de las ocasiones los ciudadanos los contratan de forma

---

<sup>240</sup> Parte final del art. 99 Cn: "Las actividades de comercio exterior, seguros y reaseguros estatales y privados serán regulados por la ley".

voluntaria. Pero en épocas recientes, ha venido renaciendo dentro los seguros privados, los seguros obligatorios como el de uso y circulación de vehículos automotores.

El derecho de seguro, entonces, se escinde en privado y público. En nuestro país, el público es regulado por la "Ley general de instituciones de seguros", Decreto 1127 publicado en la Gaceta Nº 270, de 26 de noviembre de 1970, y su reforma en la Ley Nº 227, de 26 de julio de 1996, publicada en la Gaceta Nº 150, de 12 de agosto de 1996, y reglamentada por el Decreto 25-96, publicado en la Gaceta Nº 26, de 6 de febrero de 1997.

De conformidad con la referida Ley general de instituciones de seguros, la actividad de seguros solo puede ser ejercida por personas jurídicas que estén debidamente autorizadas por la Súper Intendencia de Bancos, por lo cual quedan sujetas a las disposiciones de la Ley 316 creadora de la Súper Intendencia de Bancos, publicada en la Gaceta 196 de 14 de octubre de 1999 y sus reformas contenidas en las leyes 552, publicada en la Gaceta 169 de 31 de agosto de 2005 y por la Ley 564, publicada en la Gaceta 228 de 24 de noviembre de 2005.

Por su parte, el seguro privado es regulado por el Código de comercio y otras normas como el Código de aviación civil<sup>241</sup>; la Ley Nº 431, del Régimen de circulación vehicular e infracciones de tránsito<sup>242</sup>; Ley Nº 182, de defensa de los consumidores, de 1 de noviembre de 1994<sup>243</sup>.

---

<sup>241</sup> Decreto 176, publicado en la Gaceta Nº 266, de 22 de noviembre de 1956, con su fe de erratas publicada en Gaceta Nº 200, de 3 de septiembre de 1957 y su respectiva reforma publicada en la Gaceta 89, de 24 de abril de 1961.

<sup>242</sup> Publicada en la Gaceta Nº 15, de 22 de enero de 2003.

<sup>243</sup> Publicada en la Gaceta Nº 213, de 14 de noviembre de 1994 y reglamentada en el decreto 2187, de 14 de junio de 1999..



Se afirma que las normas contenidas en Código civil relativas al contrato de seguro pierden su vigencia desde la aprobación del Código de comercio que regula ampliamente esta materia<sup>244</sup>.

### **1.2.-Las partes que intervienen en el contrato de seguro.**

Las partes son el tomador, el asegurador y el beneficiario. El tomador es la persona que celebra el contrato de seguro y paga la póliza. Puede ser que el tomador sea a la vez el beneficiario. El asegurador es la compañía de seguros que pagaría la indemnización en caso de ocurrir el evento incierto. En ocasiones surge la figura del beneficiario distinto del tomador, como cuando por ejemplo en los seguros de daños, el derecho a la indemnización del asegurado puede ser cedido a favor de un tercero.

### **1.3.- La póliza.**

Nuestro ordenamiento establece que "el contrato de seguro se consignará por escrito en póliza o en otro documento público o privado, suscrito por los contratantes" (art. 537 del Código de comercio).

Los catedráticos GUZMÁN GARCÍA y HERRERA ESPINOZA nos explican que la póliza debe contener:

- a.- Los nombres del asegurador y asegurado, y la residencia o domicilio de ambos.
- b.- El concepto en el cual se hace el seguro.
- c.- El objeto del seguro, su naturaleza y valor.
- d.- Los riesgos contra los que el seguro se hace.
- e.- El tiempo en que comienzan y terminan los riesgos.

---

<sup>244</sup> J. J. GUZMÁN GARCÍA y J. J. HERRERA ESPINOZA, *Contratos...*, op. cit., nota 2, pp. 567-568.

- f.- La cantidad asegurada.
- g.- La prima, premio o precio del seguro.
- h.- Los seguros ya existentes sobre los mismos objetos.
- i.- En general, todas las circunstancias cuyo conocimiento pueda interesarle al asegurador, así como todas las condiciones estipuladas por las partes<sup>245</sup>.

## **2.- El juego y la apuesta.**

### **2.1.- El juego.**

Esta clase de contratos, según por el art. 3607 C, "tiene lugar cuando dos o más personas entregándose al juego se obliguen a pagar a la que ganare una suma de dinero, u otro objeto determinado". En virtud de esta figura contractual las partes se convierten en acreedor y deudor según quién gane y quién pierda el juego, como ejemplos podemos citar jugar ajedrez, naipes, boliche, etc.

### **2.2.- La apuesta.**

De conformidad con el art. 3608 C, "la apuesta sucederá, cuando dos personas que son de una opinión contraria sobre cualquier materia, convinieren que aquella cuya opinión resulte fundada recibirá de la otra una suma de dinero, o cualquier otro objeto determinado".

### **2.3.- Diferencia entre ellos.**

Se han elaborado varias teorías para explicar la diferencia entre ambas figuras, entre ellas, por ejemplo, se dice que hay contrato de juego cuando los contratantes toman parte activa en su desarrollo y contribuyen al resultado final del acontecimiento incierto de que se trate, es decir, ganar o perder se somete a un

---

<sup>245</sup> J. J. GUZMÁN GARCÍA y J. J. HERRERA ESPINOZA, *Contratos...*, op. cit., nota 2, pp. 577-578.

suceso que depende de la actividad de las partes; en cambio, hay contrato de apuesta cuando las partes acuerdan que, en dependencia del resultado de acontecimiento incierto en el que no intervienen, uno realice una prestación a favor de otro, por ejemplo se apuesta sobre el resultado de partido de fútbol<sup>246</sup>. No obstante, hay que advertir que esta distinción es académica, porque en el lenguaje corriente ambos conceptos, de juego y apuesta, se mezclan o superponen, como en el caso de la lotería, que de acuerdo al concepto recién explicado es una apuesta, porque las partes no toman intervienen en su desarrollo, pero todos la llamamos el juego de la lotería. Otra razón acerca de la futilidad de esta distinción es que la ley les atribuye los mismos efectos jurídicos.

## **2.4.- Los juegos ilícitos.**

A diferencia de otros cuerpos normativos nuestro Código civil no hace un señalamiento concreto de cuáles son los juegos no permitidos, pero de forma indirecta prohíbe ciertos juegos no en orden a su ejercicio, sino en el sentido de no otorgar acción para reclamar su cumplimiento en la vía judicial. Así, lo establece el art. 3610 C, "se prohíbe demandar en juicio las deudas que provengan de juegos o apuestas en que la ganancia o la pérdida dependan exclusivamente de la suerte, sin intervención del ingenio o de medios lícitos conocidos de ambas partes, o que no provengan de ejercicio de fuerza, destreza de armas, corridas y de otros juegos o apuestas semejantes, con tal que no haya habido contravención a alguna ley o reglamento de la policía"<sup>247</sup>.

Esta disposición es completada por la Ley 298/98 de cinco de agosto, "Creadora del Instituto Nicaragüense de Turismo", que en su art. 29 dispone, "Se consideran empresas de servicios como de industria turística, las siguientes: ... 6)

---

<sup>246</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. II: "Derecho de...", *op. cit.*, nota 64, p. 832.

<sup>247</sup> Con respecto a los reglamentos de la policía, ver ley 228/96 de la Policía Nacional y el reglamento de la Policía Nacional Decreto 26-96, de veinticinco de octubre de 1996.

Restaurantes, cafeterías, bares, ranchos de diversión, centros nocturnos, casinos o salas de juegos y similares<sup>248</sup>.

## **2.5.- Prohibición de repetir lo pagado.**

Si bien es cierto, como hemos visto, nuestra legislación civil no autoriza reclamar en juicio las deudas de juegos no permitidos, pero establece que una vez pagadas no se puede repetir, es decir, no se puede exigir la devolución de acuerdo al art. 3618 C, "El que ha pagado voluntariamente deudas de juego o de apuestas, no puede repetir lo pagado, aunque el juego sea de la clase de los prohibidos".

Esta norma se fundamenta en el principio *in turpis causa melior est causa possidentis* (en causa torpe es mejor la causa del que posee); además, en derecho se considera que quien paga lo que no debe, estando consciente de que no está en obligación de hacerlo, realiza donación" (art. 2765 C)<sup>249</sup>.

## **2.6.- La compensación y novación en los juegos prohibidos.**

El art. 3612 C estipula que "La deuda de juego o apuesta no puede compensarse, ni ser convertida por novación en una obligación civilmente eficaz". La razón de ser de esta normativa es impedir que las partes burlen las disposiciones en contra de los juegos prohibidos en el sentido que los transformen en deudas exigibles antes los tribunales.

---

<sup>248</sup> Este precepto es completado con el art. 44 del Reglamento de la Ley General de Turismo que dice, "Prestadores de Servicios Turísticos. – Se consideran prestadores de servicios de la Industria Turística las siguientes empresas: Casinos o juegos de Azar

<sup>249</sup> Art. 2765 C: "No hace donación a un tercero el que a favor de éste se constituye fiador, o constituye una prenda o hipoteca; ni el que exonera de sus obligaciones al fiador, o remite una prenda o hipoteca, mientras está solvente el deudor; pero hace donación el que remite una deuda, o el que paga a sabiendas, lo que en realidad no debe".

### 3.- La renta vitalicia.

Mediante el contrato de renta vitalicia una parte puede pedir a otra una pensión hasta que ocurra su muerte. Esta figura contractual puede ser onerosa (art. 3625 C) o gratuita por donación entre vivos o por testamento (art. 3628 C)<sup>250</sup>.

Esta clase de contrato se aparta de la regla general contenida en el art. 1885 C en el sentido que la falta de ejecución de la prestación de una de las partes, autoriza a la otra o exigir su cumplimiento o a pedir la resolución del contrato. En el caso de la renta vitalicia sólo se puede pedir el cumplimiento y no la resolución salvo que se haya establecido un pacto comisorio; en este sentido se manifiesta el art. 3646 C, "La falta de pago de las prestaciones, no autoriza al acreedor a demandar la resolución del contrato, sino fue hecho con pacto comisorio. Él solo tendrá derecho para demandar el pago de cada una de las prestaciones no pagadas, como se procede contra cualquier deudor de sumas de dinero".

#### 3.1.- Las partes.

Normalmente intervienen dos partes: el acreedor-constituyente (rentista o pensionista) que entrega el capital y el deudor (pensionario) que recibe el capital y se obliga a pagar la renta. Pero puede ser que la renta se constituya a favor o en cabeza de un tercero (arts. 3643 y 3644 C)<sup>251</sup>.

---

<sup>250</sup> Art. 3625 C, "Habrà contrato de renta vitalicia, cuando alguien por una suma de dinero, o por una cosa apreciada en dinero, mueble o inmueble que otro le da, se obliga hacia una o muchas personas a pagarles una renta anual durante la vida de uno o muchos individuos designados en el contrato". Art. 3628 C, "La renta vitalicia puede también constituirse a título puramente gratuito, sea por donación entre vivos o por testamento".

<sup>251</sup> Art. 3643 C: "Cuando la renta vitalicia es constituida en cabeza de dos o más, a favor del que da el precio de ella o de un tercero, la renta se debe por entero, hasta la muerte de todos aquellos en cabeza de quienes fue constituida". Comentando este artículo nos dice el jurista nicaragüense CUADRA ZAVALA: "Cuando se dice que A pagará una renta de C\$ 10,000 hasta el día de la muerte de C, D y E, quiere decir que la renta no variará en su monto hasta el día de la muerte del último. Pero se podría estipular lo contrario. J. CUADRA ZAVALA, *Anotaciones...*, op. cit., nota 18 bis, p. 721. Art. 3644 C: "Cuando el acreedor de una renta constituida en cabeza de un tercero, llega a morir antes que éste, la renta pasa a sus herederos hasta la muerte del tercero".

### 3.2.- Críticas.

Este tipo de contrato es objeto de una severa crítica por parte de la doctrina, así, por ejemplo, se aduce que el mismo favorece el egoísmo y la ociosidad, olvidándose el acreedor de la renta de sus herederos al entregar sus bienes y recibir a cambio una renta vitalicia. También tiene efectos poco prácticos, lo que determina su poca aplicabilidad, por las siguientes razones: la inflación afecta la renta; el acreedor carece de la acción resolutoria tácita para recuperar el capital entregado; si el deudor de la renta no otorga garantía y cae en insolvencia, no podrá continuar pagando la renta. Pero, por otra parte, hay que reconocer que mediante este contrato se puede garantizar una vejez tranquila y holgada o puede servir como una adecuada indemnización en accidentes laborales<sup>252</sup>.

### 3.3.- Extinción del contrato de renta vitalicia.

La obligación de pagar la renta vitalicia se extingue por la muerte de la persona a favor de quien se ha instituido (art. 3641 C)<sup>253</sup>.

Si la renta se ha establecido en cabeza de un tercero y antes de que muera él, fallece el acreedor-constituyente, el derecho a exigir el pago de la renta se transmite a sus herederos (art. 3644 C)<sup>254</sup>.

---

<sup>252</sup> I. ESCOBAR FORNOS, *Contratos, op. cit.*, nota 178, p. 52.

<sup>253</sup> Art. 3641 C: "La obligación de pagar una renta vitalicia se extingue por la muerte de la persona en cabeza de quien ha sido constituida".

<sup>254</sup> Art. 3644 C: "Cuando el acreedor de una renta constituida en cabeza de un tercero, llega a morir antes que éste, la renta pasa a sus herederos hasta la muerte del tercero".

#### **4.- La compra de esperanza.**

El art. 3648 C, nos explica que "Se llama compra de esperanza la que tiene por objeto los frutos futuros de una cosa o los productos inciertos de un hecho que pueda estimarse en diner"o. Este contrato es una modalidad de compraventa, por eso el art. 3652 C hace una remisión al Título de la compraventa para regular los demás derechos y obligaciones de las partes.

La aleatoriedad de este contrato queda patente en el art. 2571 C, "Cuando se vendan cosas futuras, tomando el comprador sobre sí el riesgo de que no llegaren a existir en su totalidad, o en cualquier cantidad, o cuando se venden cosas existentes, pero sujetas a algún riesgo, tomando sobre sí ese peligro, la venta será aleatoria".

En esta clase de contratos el riesgo lo toma el comprador (art. 3651 C)<sup>255</sup>.

---

<sup>255</sup>Art. 3651 C: "En la compra de esperanza el peligro de la cosa será siempre de cuenta del comprador".

## TEMA VII: CONTRATOS RELATIVOS SOBRE LA DECISIÓN DE CONTROVERSIAS.

### 1.- La transacción.

La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un juicio o ponen término al que ya habían comenzado<sup>256</sup>; de manera que se realiza por mutuas y recíprocas concesiones y renunciaciones<sup>257</sup>. El art. 2176 C establece que: "Toda cuestión, esté o no pendiente ante los tribunales, puede terminarse por transacción". De manera que esta clase de contrato surge cuando existe de previo una contienda entre las partes, por ejemplo, A y B se disputan la titularidad de la finca X, y, para arreglar el diferendo deciden dividirse la mitad cada uno<sup>258</sup>.

En la transacción no se requiere de una conmutatividad de las prestaciones, es decir, no es necesario que los sacrificios o renunciaciones recíprocas sean de igual importancia o valor.

#### 1.1.- Presupuesto, fin y medio de la transacción.

Como se ha expresado, el presupuesto de la transacción es una previa controversia o una relación jurídica dudosa (*res dubia*), como dice la sentencia del Tribunal Supremo (STS) español de 17 de octubre de 1924: "El contrato de transacción requiere una cuestión anterior que le dé vida, ya sea judicial o

---

<sup>256</sup> M. A. DEL ARCO TÓRREZ, M. A. DEL ARCO BLANCO, (Coordinadores) y otros: *Diccionario básico jurídico*, Comares, Granada, España, 2004, p. 538.

<sup>257</sup> Pues si no hay intercambio, sino sólo renuncia de una parte a algo, no hay transacción según la sentencia del Tribunal Supremo español de 6 de noviembre de 1993. Citado por M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. II: "Derecho de...", *op. cit.*, nota 64, p. 845.

<sup>258</sup> *Ibídem*, p. 846.



extrajudicial, porque no solo tiene lugar para poner término a un pleito ya comenzado, sino para evitar la provocación de una cuestión judicial”<sup>259</sup>.

La finalidad de la transacción es resolver la disputa, evitar el surgimiento de un litigio o resolver el ya iniciado, estableciendo así una seguridad jurídica, como dice el jurista italiano DE RUGGIERO: el objeto de la transacción es poner fin a la incerteza de una indeterminada relación jurídica<sup>260</sup>.

El medio del que se valen las partes para confeccionar la transacción son las concesiones recíprocas (*aliquid datum, aliquid retentum*).

## 1.2.- Clases y contenido.

De todo lo expresado, resulta obvio que la transacción puede ser judicial o extrajudicial. La primera (la judicial) tiene lugar sobre un litigio ya entablado en los órganos jurisdiccionales y, la segunda, soluciona los conflictos aún no radicados ante los tribunales.

También se puede clasificar la transacción en **pura** si las recíprocas transacciones recaen sobre los puntos controvertidos, por ejemplo, el caso citado en el que se divide la propiedad disputada; y es **compleja** cuando para llegar a un acuerdo, se compensa a una o a las dos partes con cosas o derechos extraños a la controversia, por ejemplo, siguiendo el caso de la propiedad disputada, ambos contendientes deciden que a uno le quede el dominio total a cambio de que se le pague una suma de dinero<sup>261</sup>.

---

<sup>259</sup> Citada por J. L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil*, t. II: “Derecho de...”, *op. cit.*, nota 3, p. 356.

<sup>260</sup> R. DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, t. II, vol. I: “Derecho de obligaciones...”, *op. cit.*, nota 81, p. 519.

<sup>261</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. II: “Derecho de...”, *op. cit.*, nota 64, p. 848. Esta clase de transacción es contemplada en el art. 2191 C.

Con respecto al contenido de la transacción el art. 2178 dispone que:

“Toda transacción debe contener los nombres de los contratantes; la relación puntual de sus pretensiones; si hay pleito pendiente, su estado y el Juez ante quien pende, la forma y circunstancias del convenio y la renuncia que los contratantes hagan de cualquier acción que tenga el uno contra el otro”.

### **1.3.- Capacidad.**

En cuanto a la capacidad para realizar esta clase de contratos, el art. 2182 C establece: “Solo pueden transigir los que tienen la libre facultad de enajenar sus bienes y derechos”. Esto no es más que una aplicación del principio que indica que la capacidad necesaria para transigir es la misma que se requiere para enajenar (*transigere est alienare*). De manera que para poder transigir se requiere la capacidad de obrar o de ejercicio que ostenta los mayores de 21 años o emancipados o declarados mayores de edad por sentencia judicial.

Por otra parte también se requiere, para poder efectuar la transacción, tener la libre disponibilidad sobre los bienes o derechos objeto de estos convenios, conforme al mismo art. 2182 C (confrontar con arts. 458, 251, 2200 C).

### **1.4.- Naturaleza jurídica.**

Se discute acerca de que si la transacción es **traslativa** de derechos, es decir, transmite a cada parte los derechos que la otra le reconoce, o **declarativa** en el sentido de declarar o reconocer que, de los derechos discutidos, tales pertenecen a una parte, y cuáles a la otra. En opinión del jurista ALBALADEJO la naturaleza de esta figura jurídica puede variar de caso en caso, en el sentido que es declarativa cuando lo acordado coincida con el verdadero anterior estado objetivo de las cosas (ya que así resultan reconocidos a cada uno los derechos que realmente le

pertenecían)<sup>262</sup>; en cambio, viene siendo traslativa cuando el acuerdo traspasa a una parte los derechos que antes pertenecían realmente a la otra<sup>263</sup>.

Para los juristas Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, además de las modalidades antes vistas, pueden surgir situaciones transaccionales que no encajen en la naturaleza traslativa ni en la declarativa y nos citan el caso en que ambas partes renuncian a sus pretensiones, a cambio de eliminar la relación jurídica que causa la controversia y crean un vínculo jurídico nuevo o modifican el existente. Por ejemplo, A pretende como arrendador desahuciar a B, arrendatario, por realizar obras sin autorización en local objeto del arriendo. B aduce que está autorizado en el contrato. Transigen sus diferencias celebrando un nuevo contrato de arriendo o modifican el anterior aumentando el monto de la renta. Comentado este caso expresan los juristas aludidos "hay por ambas partes renunciación a sus pretensiones, pero no fijación o aclaración de algo"<sup>264</sup>.

Según los profesores españoles LACRUZ BERDEJO y otros, en rigor, la transacción no tiene ni efecto declarativo ni efecto traslativo y justifican su aseveración en los siguientes términos:

"De una parte, la solución transaccional no da la razón ni a uno ni a otro de los transigentes y precisamente cuando mediante ella se produce un arreglo ajustado mediante recíprocas concesiones se hace lo contrario de lo que haría declarativamente un juez aplicando la ley; pero, por otra, si bien la situación final conlleva con gran probabilidad desplazamientos de valores o cosas a favor de una de las partes, este desplazamiento tampoco es el que preconiza la tesis traslativa, porque, por definición, no podemos conocer

---

<sup>262</sup> Por ejemplo, A demanda a B por el pago de 100 mil córdobas, B niega la deuda y luego hace un contrato de transacción en el que acuerdan que el verdadero monto de la deuda es de 50 mil córdobas.

<sup>263</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. II: "Derecho de...", *op. cit.*, nota 64, p. 848. Por ejemplo: A solicita que se le declare único sucesor universal intestado de la herencia de sus progenitores, B hermano de A se opone y demanda la mitad de los bienes del caudal hereditario conforme a lo que en Derecho corresponde y luego ambas partes transan que B renuncia y transmite la porción de sus derechos hereditarios a cambio de que A le transmita una propiedad.

<sup>264</sup> L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de...*, *op. cit.*, nota 18, pp. 438-439.

ni su contenido ni el sentido de su dirección, puesto que tener derecho o razón, o tenerlos en cierta medida, es algo que sólo puede quedar definido y determinado por una sentencia, a la cual, por lo demás, la transacción no sólo no sustituye sino que es también incompatible respecto de ella<sup>265</sup>.

### **1.5- Efectos de la transacción.**

Con respecto a la transacción extrajudicial, se sostiene que esta tiene los mismos efectos que un contrato; en este sentido, nuestra legislación civil determina en el art. 2177 C: "La transacción se rige por las reglas generales de los contratos en lo que no esté expresamente previsto en este título". En efecto, la transacción, como todo contrato genera un vínculo jurídico que constriñe a las partes no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas aquellas consecuencias que, de acuerdo a la naturaleza de la obligación, se derivan de la equidad, el uso o la ley (art. 2480 C).

En cuanto a la transacción judicial, se afirma que tiene un efecto equivalente a la de una sentencia judicial<sup>266</sup>, como bien lo expresa el art. 2193 C: "La transacción tiene respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada". Pero debemos advertir que ésta equiparación que se hace entre la transacción y la sentencia, no desvirtúa las evidentes diferencias entre ellas, como por ejemplo, las sentencias solo pueden recaer sobre una cuestión que está pendiente ante los tribunales, en cambio, se puede transigir un asunto que todavía no esté radicado ante los órganos judiciales; las sentencias no pueden ser atacadas por vicios del consentimiento, la transacción sí; la sentencia no puede ser atacada por nulidad, en cambio los contratos transaccionales sí<sup>267</sup>, etc.

---

<sup>265</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil*, t. II: "Derecho de...", *op. cit.*, nota 3, pp. 361-362.

<sup>266</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. II: "Derecho de...", *op. cit.*, nota 64, p. 851.

<sup>267</sup> J. CUADRA ZAVALA, *Anotaciones...*, *op. cit.*, nota 18 bis, p. 185.

## 1.6.- Invalidez de la transacción.

Nuestro Código civil describe varias situaciones en las cuales la transacción no surte efectos, por ejemplo, se prohíbe esta clase de contratos en temas sobre el Estado civil de las personas, validez del matrimonio o sobre derechos irrenunciables; pero sí puede transigirse sobre los derechos pecuniarios que la declaración del Estado civil genere (art. 2185 C)<sup>268</sup>, como por ejemplo, las capitulaciones matrimoniales.

Tampoco se permite transigir sobre el delito, dolo o culpa futuros ni de la acción civil que nazca de ellos ni sobre la sucesión futura o la herencia antes de abrirse la testamentaria del causante. (2186 C)<sup>269</sup>; en efecto, no olvidemos que la renuncia de la acción para hacer efectiva la responsabilidad por dolo es nula (art. 1861 C)<sup>270</sup>. Con respecto a las pensiones alimenticias es nula cualquier transacción sobre las mismas, pero se permite transigir sobre pensiones alimenticias ya debidas (art. 2186.2 C)<sup>271</sup>.

El art. 2187 C contempla otro caso de nulidad de las transacciones: "La transacción celebrada con presencia de documentos que después se han declarado falsos por sentencia judicial, es nula". Comentando este párrafo 1º dice el jurista CUADRA ZAVALA: "Si yo hubiera sabido que los documentos eran falsos yo no habría

---

<sup>268</sup> Art. 2185 C: "No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre la validez del matrimonio; mas, si la transacción importa adquisición o pérdida del estado, sí puede transigirse sobre los derechos pecuniarios que de la declaración del estado civil pudieran deducirse a favor de una persona. Tampoco puede transigirse sobre derechos irrenunciables".

<sup>269</sup> Art. 2186 C: "Es nula la transacción que verse sobre delito, dolo o culpa futuros y sobre la acción civil que nazca de ellos; sobre la sucesión futura, o sobre la herencia, antes de abrirse la testamentaria del causante".

<sup>270</sup> Art. 1861 C: "La responsabilidad procedente del **dolo** es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva, es nula". Comentado esta regla nos dice el magistrado ESCOBAR FORNOS, "Lo prohibido es transigir anticipadamente, pero ya producido el daño, se puede transigir sobre este, sin que adolezca de nulidad". I. ESCOBAR FORNOS, *Derecho de obligaciones*, t. II, Universidad Centroamericana, Managua, 1989, p. 165.

<sup>271</sup> Art. 2186.2 C: "También es nula la transacción sobre el derecho de recibir alimentos, pero se podrá transigir sobre las pensiones alimenticias ya debidas".

transigido, o quizá la transacción hubiera sido hecha en condiciones distintas; mi consentimiento ha sido, pues, viciado por error y puedo pedir la nulidad. Pero si yo sabía al momento de transigir que los documentos eran falsos, yo no puedo atacar la transacción”<sup>272</sup>.

El párrafo segundo de esta misma norma recién citada establece que: “Es nula la transacción sobre cualquier negocio que esté decidido judicialmente por sentencia irrevocable ignorada por los interesados o por uno de ellos”. Consecuencia lógica, pues no se olvide que uno de los presupuestos de esta figura contractual es un litigio pendiente o futuro, de manera que si el asunto ya fue decidido por sentencia será nula la transacción, por carecer de objeto el contrato. En cambio, para el jurista ESCOBAR FORNOS, si la sentencia firme era del conocimiento de los interesados, la transacción será válida, pues se supone que las partes no estaban conforme con la forma en que quedó resuelto el litigio<sup>273</sup>.

El contrato de transacción debe verse como un todo, de forma que si alguna de sus cláusulas se anula, se anula todo el convenio (art. 2194 C)<sup>274</sup>.

Como todo contrato, la transacción puede anularse por vicios del consentimiento (error, dolo, violencia e intimidación). En este sentido, dispone el art. 2189 C: “El descubrimiento de nuevos títulos o documentos no es causa para anular o rescindir la transacción si no ha habido mala fe en la otra parte, por haber ésta conocido y ocultado los títulos”.

Finalmente, la transacción también puede rescindirse cuando se hace en razón de un título nulo, excepto que las partes hayan transado expresamente de la nulidad (art. 2188 C)<sup>275</sup>.

---

<sup>272</sup> J. CUADRA ZAVALA, *Anotaciones...*, *op. cit.*, nota 18 bis, p. 182.

<sup>273</sup> I. ESCOBAR FORNOS, *Derecho de...*, *op. cit.*, nota 268, p. 156.

<sup>274</sup> Art. 2194 C: “Las diferentes cláusulas de una transacción son indivisibles, y cualquiera de ellas que fuere nula, o que se anulare, deja sin efecto todo el acto de la transacción”.

## 2.- El convenio arbitral: mediación y arbitraje

### 2.1.- La Mediación.

En nuestro país, esta materia se encuentra regulada por Ley 540, "Ley de mediación y arbitraje (LMA) de 25 de mayo de 2005 y publicada en La Gaceta número 122 de 24 de junio de 2005. Como se deduce de su nombre, se hace una distinción entre mediación y arbitraje según se tenga poder coactivo para imponer la resolución (arbitraje) o se carezca de él (mediación). En este sentido y de conformidad con el art. 4 de la referida norma jurídica:

"... se entenderá por mediación todo procedimiento designado como tal, o algún otro término equivalente, en el cual las partes soliciten a un tercero o terceros, que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El mediador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia".

El Artículo 3. de la LMA nos enumera los "PRINCIPIOS RECTORES DE LA PRESENTE LEY. Los principios rectores de la presente Ley son: Preeminencia de la autonomía de la voluntad de las partes, igualdad de las partes, confidencialidad, privacidad, informalidad y flexibilidad del procedimiento, celeridad, concentración,

---

<sup>275</sup> Art. 2188 C: "Puede rescindirse la transacción cuando se hace **en favor de** un título nulo, a no ser que las partes hayan tratado expresamente de la nulidad". Los comentaristas del Código civil destacan que el modelo de este precepto (art. 1380 del Código civil de Costa Rica) dice "en razón de un título" y no "en favor de un título", y así debe ser entendido como lo señala el código costarricense.

inmediación de la prueba, buena fe, principio pro arbitraje, debido proceso y derecho de defensa”<sup>276</sup>.

El mediador debe ser un tercero neutral sin vínculos con las partes, imparcial cuya misión es de servir de facilitador para proponer soluciones, mutuamente satisfactorias y que no sean contrarias al orden público o la ley (art. 5 LMA)<sup>277</sup>.

Los deberes del mediador está descritos en el art. 6 de la LMA:

1. Cumplir con las normas éticas establecidas por los Centros mediación y Arbitraje.
2. Excusarse de intervenir en los casos que le represente conflictos de intereses.
3. Informar a las partes sobre el procedimiento de mediación, así como sus derechos y de los efectos legales del mismo.
4. Informar a las partes del carácter y efecto del acuerdo de mediación.
5. Mantener la imparcialidad hacia todas las partes.
6. Mantener la confidencialidad sobre lo actuado en el curso del proceso de mediación.
7. No participar como asesor, testigo, arbitro o abogado en procesos posteriores judiciales, referidos al mismo asunto en el cual a actuado como mediador.

---

<sup>276</sup> Para el profesor Orúe “La mediación se rige por los principios de autonomía de la voluntad de las partes; acceso, eficiencia, privacidad, equidad, neutralidad, celeridad y confidencialidad el J. R. ORÚE CRUZ, *Manual de Derecho Mercantil*, 2ª edic., Hispamer, Managua, 2008, p. 399.

<sup>277</sup> Art. 5 LMA: “El mediador es un tercero neutral, sin vínculos con las partes ni interés en el conflicto, con facultad de proponer soluciones si las partes lo acordaren y que cumple con la labor de facilitar la comunicación entre las mismas, en procura de que estas encuentren en forma cooperativa el punto de armonía al conflicto mutuamente satisfactorio y que no contravengan el orden público ni la ley”.



8. Generar, si así lo acordaren las partes en cualquier estado del proceso de mediación, propuestas dirigidas a la solución de la controversia.

9. Elaborar las actas de las audiencias de manera imparcial cumpliendo los requisitos de la presente Ley.

10. Redactar y firmar junto con las partes, el acuerdo de mediación de conformidad a la presente Ley.

El número de mediadores, procedimiento para el nombramiento de los mismos el art. 9 de la LMA establece:

El mediador será uno solo a menos que las partes acuerden que sean dos o más. Las partes tratarán de ponerse de acuerdo para designar al mediador o los mediadores, a menos que se haya convenido en un procedimiento diferente para su designación.

Las partes podrán solicitar la asistencia de los Centros de Mediación y Arbitraje para la designación de los mediadores. Así mismo, las partes podrán solicitar a esta institución, que les recomienden personas idóneas para desempeñar la función de mediador, o podrán convenir en que el nombramiento de uno o más mediadores sea efectuado directamente por estos Centros de Mediación y Arbitraje.

Al formular recomendaciones o efectuar nombramientos de personas para el cargo de mediador, el Centro de Mediación y Arbitraje tendrá en cuenta las consideraciones que puedan garantizar el nombramiento de un mediador capacitado, independiente e imparcial y, en su caso, tendrá en cuenta la conveniencia de nombrar un mediador de nacionalidad distinta a las nacionalidades de las partes.

La persona a quien se comunique su posible nombramiento como mediador deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas

acerca de su imparcialidad o independencia. El mediador, desde el momento de su nombramiento y durante todo el procedimiento de mediación, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que se les haya informado de ellas.

Además de la mediación cuyo origen está basado en la autonomía de la voluntad, en nuestro ordenamiento jurídico existe una mediación cuyo origen nace por voluntad de la ley; en este sentido citamos el 94 de la Ley 290, Ley orgánica del poder judicial que dice:

En todos los casos en que se presenten demandas de Familia, Civiles, Mercantiles, Agrarias y Laborales en los juzgados respectivos, previo a cualquier actuación o diligencia, el juez convocará dentro de sexto día a un trámite de mediación entre las partes las que podrán estar asistidas por abogados.

En los casos penales, la mediación se llevará a efecto por el juez de la causa en cualquier estado del Juicio de Instrucción, antes de la correspondiente sentencia interlocutoria en los casos previstos por la ley. En los procesos por delitos que ameriten penas correccionales, la mediación se realizará antes de la sentencia definitiva.

El Juez durante este trámite citará a las partes y las invitará a que solucionen amigablemente la pugna, haciéndoles la reflexión acerca del tiempo y recursos que invertirán en el proceso judicial. Se abstendrá de emitir opinión en referencia a quien le asiste o no la razón e insistirá en aclararles que su cometido es el de reconciliarlos.

Tal como queda expresado, en el trámite de mediación, los Jueces actuarán como mediadores o amigables componedores, de llegar las partes a un avenimiento, lo acordado y resuelto se consignará en un Acta Judicial, la que prestará mérito

ejecutivo teniendo el carácter de cosa juzgada. Deberá cumplirse, lo acordado, sin excusa alguna por las partes, y no cabrá recurso alguno.

La certificación librada por el Juez correspondiente de haberse realizado un previo trámite de mediación entre las partes, constituirá un requisito formal para la admisibilidad de la demanda. En caso que una o ambas partes se hubiesen negado a concurrir al trámite de mediación, su negativa se entenderá como falta de acuerdo y así se expresará en la certificación correspondiente.

Según el art. 38 del reglamento de la LOPJ no procede la mediación en los siguientes casos:

- 1.- Diligencias prejudiciales.
- 2.- Juicios ejecutivos singulares con renuncia de trámite y en los de ejecución de sentencias.
- 3.- En los casos en que el procedimiento especial ya prevé la celebración de un trámite conciliatorio.
- 4.- Nulidad de matrimonio.
- 5.- Declaración de incapacidad y de rehabilitación.
- 6.- Causan en que el Estado o sus entidades descentralizadas sean partes, salvo que actúen como personas de derecho privado.
- 7.- Interdicción civil.
- 8.- Quiebras o concursos.
- 9.- Aquellos casos en que la ley expresamente lo prohíba.

## 2.2. El arbitraje.

El arbitraje es la institución mediante la cual las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materia de su libre disposición conforme a derecho<sup>278</sup>.

En nuestro país, esta materia se encuentra regulada por Ley 540, "Ley de mediación y arbitraje (LMA) de 25 de mayo de 2005 y publicada en La Gaceta número 122 de 24 de junio de 2005. Como se deduce de su nombre, se hace una distinción entre mediación y arbitraje según se tenga poder coactivo para imponer la resolución (arbitraje) o se carezca de él (mediación). En este sentido y de conformidad con el art. 4 de la referida norma jurídica:

"... se entenderá por mediación todo procedimiento designado como tal, o algún otro término equivalente, en el cual las partes soliciten a un tercero o terceros, que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El mediador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia".

El concepto de arbitraje nos lo proporciona el art. 24 inciso a) de la Ley 540 que dice: "**Arbitraje:** Es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que surge de la autonomía de la voluntad de las partes, quienes delegan en un tercero imparcial llamado árbitro la resolución de su controversia, y éste, siguiendo el procedimiento determinado previamente por las partes decide la controversia mediante un "laudo arbitral" que es de obligatorio cumplimiento para las partes".

---

<sup>278</sup> M. A. DEL ARCO TÓRREZ, M. A. DEL ARCO BLANCO, (Coordinadores) y otros: *Diccionario...*, op. cit., nota 256, p. 48.

El convenio de arbitraje es definido por el art. 27.1 de esta Ley en los siguientes términos:

“El acuerdo de arbitraje es un mecanismo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula arbitral incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente o autónomo”.

### **2.3.- Naturaleza jurídica.**

En el derecho comparado se ha discutido ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia si el arbitraje es una institución de Derecho material (sustantivo) o de Derecho procesal. Al margen de la poca utilidad práctica de esta disquisición, se puede concluir que la respuesta depende del tratamiento que reciba de cada ordenamiento jurídico. En nuestro ordenamiento jurídico podemos considerar el arbitraje como una institución eminentemente privada, de Derecho sustantivo, más que jurisdiccional<sup>279</sup>.

### **2.4.- El objeto del arbitraje y materias excluidas.**

El objeto de esta clase de contratos es una controversia presente o futura (art. 27.1 de la Ley 540), es decir, que no esté resuelta judicialmente; por esta razón el art. 23 párrafo 2 de la referida ley dispone: “No podrán ser objeto de arbitraje las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme, salvo los aspectos derivados de su ejecución”.

También se exige que la materia objeto de este tipo de convenio sea arbitrable, o sea, que verse sobre cuestiones cuya disputa no tenga necesariamente,

---

<sup>279</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil*, t. II: “Derecho de...”, *op. cit.*, nota 3, pp. 369-370.

por mandato de la ley, que ser resulta por los tribunales<sup>280</sup>; en este sentido, el art. 23.1 establece:

“La presente Ley se aplicará en todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho. También se aplicará la presente Ley a todos aquellos otros casos en que, por disposición de otras leyes, se permita el procedimiento arbitral, siempre que el acuerdo arbitral sea válido conforme la presente Ley”.

Sí se trata de una materia que, aun siendo arbitrable, sin embargo aparezca inseparablemente unida a otras sobre las que las partes no tengan poder disposición<sup>281</sup>; como en el caso de los bienes patrimoniales que en principio están sujetos a libre disposición sobre sus titulares, pero si están vinculados a una demanda de divorcio con hijos o hijas menores de edad en la que se discuta la distribución de los bienes, no valdría ningún acuerdo de arbitraje sin la intervención del Ministerio Público (Procuraduría) y del Ministerio de la Familia avalando la salvaguarda de los intereses de los menores de edad.

Tampoco tiene validez esta clase de convenios en cuestiones relativas al Estado civil de las personas, alimentos, en todas aquellas causas en las que la persona interesada no pueda representarse por sí misma; ni en las que, por mandato de la ley, deba intervenir el Ministerio Público; así como no tiene aplicación en las controversias entre representante y representado (art. 23.4 LMA)<sup>282</sup>.

---

<sup>280</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. II: “Derecho de...”, *op. cit.*, nota 64, p. 862.

<sup>281</sup> En este sentido indica el art. 23.3 LMA: “Tampoco [podrán ser objeto de arbitraje] las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan libre disposición o cuando la ley lo prohíba expresamente o señale un procedimiento especial para determinados casos”.

<sup>282</sup> Art. 23.4 LMA: “Así mismo, no podrán ser sujetos de arbitraje las cuestiones que versen sobre alimentos; divorcios; separación de cuerpos; nulidad de matrimonio; estado civil de las personas; declaraciones de mayor de edad; y en general, las causas de aquellas personas naturales o jurídicas que no pueden representarse así mismas, por lo que en estos casos se atenderá a las formalidades prescrita en la ley respectiva para efectuar los arbitrajes. Tampoco son objeto de arbitraje las causas en que deba de ser parte necesaria el Ministerio Público, ni las que se susciten entre un representante legal con su representado”.

Finalmente queda excluida de esta ley los arbitrajes en materia laboral (art. 23.5 LMA)<sup>283</sup>; es decir, no tiene aplicación el arbitraje en aquellos casos en los que tiene competencia exclusiva la jurisdicción laboral.

## **2.5.- La forma.**

Un aspecto digno a destacar es que la LMA establece que el acuerdo de arbitraje es en principio un contrato formal que debe ser confeccionado por cualquier medio escrito; sin embargo, en caso de que no conste así, se admitirá si es afirmado por una parte en la demanda y no negado por la otra en la contestación (art. 27.2 LMA)<sup>284</sup>.

## **2.6.- Capacidad y legitimación.**

Nuestra legislación no establece nada con respecto a la capacidad que deben ostentar las partes, entonces debemos remitirnos a las normas generales referentes a la capacidad de obrar necesaria para poder contratar contenida en artículos como el 2471 C y el 278 C<sup>285</sup>.

De conformidad con el ya citado art. 23.1 de la LMA, "La presente Ley se aplicará en todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho". En este caso la regla y

---

<sup>283</sup> Art. 23.5 LMA: "Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente Ley los arbitrajes laborales".

<sup>284</sup> Art. 27.2 LMA: "El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o que el mismo se pueda hacer constar por el intercambio, inclusive electrónico, de cartas, telex, telegramas, telefax o por cualquier otro medio de comunicación que pueda dejar constancia escrita del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en lo que la existencia de un acuerdo sea afirmado por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato".

<sup>285</sup> Art. 2471 C: "Para que el consentimiento sea válido se necesita que el que lo manifiesta sea legalmente capaz". Art. 278 C: "La época de la mayor edad se fija sin distinción de sexo en los veintiún años cumplidos. El mayor de edad puede disponer libremente de su persona y bienes.

exigencia no atañe a la capacidad para contratar sino a la legitimación, como por ejemplo, el tutor que tiene plena capacidad de obrar, no podría realizar un convenio arbitral relativo a los bienes de su pupilo sin la autorización judicial (arts. 443 y 444 C entre otros).

## **2.7.- Clases de arbitrajes.**

Según el art. 24 incisos D y E, el arbitraje puede ser de Derecho o de equidad; el primero, de Derecho, "Se da cuando los árbitros resuelvan la cuestión controvertida con arreglo al derecho aplicable" (art. 24. inciso D de la LMA); en estos casos, los árbitros habrán de fallar con arreglo al Derecho y habrán de ser abogados en ejercicio (art. 30.1 LMA)<sup>286</sup>. En cambio, el arbitraje de equidad (*ex aequo et bono*<sup>287</sup>): "Se da cuando el Tribunal Arbitral resuelve conforme a sus conocimientos profesionales y técnicos" (art. 24. inciso E de la LMA). En este caso, los árbitros no precisan ser abogados en ejercicio y resolverán según sus conocimientos técnicos.

## **2.7.- El contenido.**

La Ley mediación y arbitraje contempla un contenido mínimo y necesario y un variado contenido facultativo del convenio arbitral<sup>288</sup>.

a) Contenido necesario: hemos visto que el arbitraje es un mecanismo que surge de la autonomía de la voluntad de las partes; de manera que el convenio arbitral debe contener la clara voluntad de los contratantes de someter a arbitraje

---

<sup>286</sup> Art. 30.1 LMA: "En el caso de los arbitrajes de derecho, el tribunal deberá estar compuesto exclusivamente por abogados y resolverá las controversias con estricto apego a la ley aplicable".

<sup>287</sup> "Según equidad".

<sup>288</sup> J. L LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil*, t. II: "Derecho de...", *op. cit.*, nota 3, pp. 374-375.



todas las controversias que surjan o pueden surgir en determinadas relaciones jurídicas; así como también debe contener el propósito de acatar la decisión arbitral.

b) Contenido facultativo: las partes tienen la facultad de determinar las diversas cláusulas del convenio, pero en determinados casos, la ley puede suplir ciertos vacíos; como el número de árbitros, que en principio se deja al libre albedrío de las partes y solo se exige que sea número impar, a falta de acuerdo serán tres (art. 31 LMA)<sup>289</sup>; el silencio acerca del procedimiento para el nombramiento de los árbitros también es sustituido por la disposición de la ley (art. 33 incisos a y b)<sup>290</sup>. Si no se establecen las causales de recusación de los árbitros se contemplarán las mismas que se aplican a los jueces y magistrados (art. 34.2 LMA)<sup>291</sup>. También en ausencia de acuerdo, el tribunal tiene la potestad de establecer el procedimiento a seguir para dirimir el asunto (art. 45.2 LMA)<sup>292</sup>. Los contratantes tienen la facultad de escoger el idioma en el que se desarrollará el convenio arbitral, a falta de acuerdo expreso se hará en español (art. 48 LMA)<sup>293</sup>.

---

<sup>289</sup> Art. 31 LMA: "Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros que deberá ser siempre número impar. A falta de acuerdo, los árbitros serán tres".

<sup>290</sup> Art. 33 inciso a: "En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los quince días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los quince días contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el Juez Civil de Distrito. Art. 33 inciso b de la Ley 540, Ley de Mediación y Arbitraje: "En el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el juez Civil de Distrito competente".

<sup>291</sup> "A falta de Determinación de Causales de Recusación de los Árbitros, estas serán las mismas que se aplican a los jueces y magistrados. Una parte solo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación (art. 34.2 de la Ley de Mediación y arbitraje).

<sup>292</sup> Art. 45.2 LMA: "A falta de acuerdo el tribunal arbitral podrá determinar el procedimiento a seguir para dirimir el asunto que se le presenta sobre el que deberá pronunciarse. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye, entre otras, la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas, con sujeción a lo dispuesto con la presente Ley y lo consagrado en la Constitución de la República, relacionado con el debido proceso".

<sup>293</sup> Art. 48: "El arbitraje se desarrollará en el idioma que elijan las partes. A falta de acuerdo expreso, se entenderá que el arbitraje se verificará en el idioma español. Si el idioma seleccionado por las partes es distinto del español, aquellas actuaciones que requieran de revisión ante las autoridades judiciales nicaragüenses, así como el laudo definitivo, deberán ser traducidas al español.

"El tribunal arbitral podrá ordenar que cualquiera prueba documental vaya acompañada de

## 2.8.- Los árbitros: requisitos.

Solamente las personas naturales pueden ser árbitros; además no pueden tener nexo alguno con las partes y sus apoderados, salvo que los interesados los habiliten conociendo tal situación. Tampoco pueden ejercer tal cargo las personas inhabilitadas por la ley ni las que tenga jurisdicción (art. 32 LMA)<sup>294</sup>.

## 2.9.- El laudo arbitral.

La decisión que toman los árbitros para la solución de las desavenencias técnicamente es conocido como "Laudo arbitral". El jurista español LACRUZ BERDEJO lo define como "Acto último y momento fundamental del procedimiento arbitral, el laudo es el pronunciamiento o decisión de los árbitros que pone fin y da solución (definitivamente) a la cuestión litigiosa a ellos sometida por las partes o interesados en la misma"<sup>295</sup>.

El o los árbitros deben dictar por escrito su laudo dentro del plazo establecido por las partes; en caso de que no se haya establecido ninguno, la ley estipula unos seis meses y será firmado por todos los árbitros, excepto si son tres o más los árbitros, en cuyo caso bastará la firma de la mayoría (art. 57.1 LMA)<sup>296</sup>.

---

una traducción al idioma o los idiomas convenidos por las partes o determinados por el tribunal arbitral".

<sup>294</sup> Art. 32 de la Ley Mediación y Arbitraje: Requisitos para ser árbitro: "Pueden ser árbitros todas las personas naturales, que no tengan nexo alguno con las partes o sus apoderados. No obstante, las partes conociendo dichas circunstancias podrán habilitar a dicha persona para que integre el tribunal, en cuyo caso no podrán impugnar posteriormente el laudo por ese motivo.

'Las partes podrán establecer requisitos o condiciones adicionales para los árbitros en el convenio arbitral.

'No podrán ser nombrados como árbitros las personas que se encuentren inhabilitadas por la ley ni que tengan anexa jurisdicción".

<sup>295</sup> J. L LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil*, t. II: "Derecho de...", *op. cit.*, nota 3, p. 379.

<sup>296</sup> Art. 57.1 Ley de Mediación y Arbitraje: "El laudo se dictará por escrito dentro del plazo establecido por las partes, o en su defecto, en un plazo máximo de seis meses contados a partir de la integración del tribunal arbitral y será firmado por el árbitro o los árbitros que han conocido del asunto. En actuaciones arbitrales con más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los

El laudo debe estar motivado, salvo que las partes hayan acordado lo contrario o que se trate de un laudo pronunciado en virtud de un acuerdo transaccional de los interesados (art. 57.2 LMA)<sup>297</sup>.

Se debe dejar constancia del lugar y fecha del laudo y finalmente se notifica a la partes (art. 57 incisos 3 y 4)<sup>298</sup>.

---

miembros del tribunal arbitral para que haya resolución, siempre se dejará constancia de las razones de la falta de una o más firmas. Cualquier árbitro podrá razonar su voto”.

<sup>297</sup> Art. 57.2 LMA: “El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes en la transacción que resuelva el litigio, al tenor del artículo 56 de la presente Ley.

<sup>298</sup> Art. 57 inciso 3 y 4 LMA: “Se deberá dejar constancia en el laudo la fecha que ha sido dictado y el lugar del arbitraje. El laudo se considerará dictado en el lugar convenido libremente por las partes o por el tribunal arbitral en caso de no haber acuerdo al respecto.

‘Después de dictado el laudo, el tribunal lo notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros de acuerdo con lo establecido en la presente Ley”.

## **Tema VII: El contrato de cesión de Derechos.**

### **1.- Generalidades**

La Cesión de Derechos se encuentra regulada en el Tomo II, Libro Tercero, Título XI, entre los arts. 2716 al 2747 del Código civil. En nuestra legislación, esta figura jurídica se escinde en Cesión de créditos, Cesión de derecho de herencia y Cesión de los derechos litigiosos, por escapar estas dos últimas al objeto de nuestro estudio, abordaremos solo el tema de Cesión de créditos personales.

### **2.- La cesión de créditos personales.**

#### **2.1.- Concepto.**

Conforme al art. 2716 C: "Habrá cesión de crédito, cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra parte el derecho que le compete contra su deudor, entregándole el título del crédito, si lo hubiere". De este concepto se deduce que la figura en mención hace referencia al lado activo de la relación jurídica obligacional que involucra al antiguo acreedor que cede su derecho subjetivo al nuevo acreedor; este crédito puede ser transmitido, salvo que exista pacto en contrario o que se trate de una obligación personalísima<sup>299</sup>; en este sentido dice el art. 1871 C: "Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiere pactado lo contrario"<sup>300</sup>.

---

<sup>299</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO y otros y otros *Elementos de Derecho civil*, t. II: "Derecho de...", *op. cit.*, nota 30, p. 211.

<sup>300</sup> En esta sustitución de un acreedor por otro, que opera en la cesión de crédito, podría *a priori* parecer una manifestación de las formas en que produce la novación (art. 2096.2 C). Para los jurista GUZMAN GARCÍA y HERRERA ESPINOZA, la novación propiamente dicha surge solo cuando el acreedor y el deudor acuerdan la sustitución de una obligación por otra (art. 2096.1 C), pero en puridad este fenómeno no acontece cuando se sustituye a un acreedor o un deudor por otro (casos de los arts. 2096 inciso 2 y 3). J. GUZMÁN GARCÍA, *Apuntes de Derecho civil: Derecho de obligaciones*, Colección Facultad de Ciencias jurídicas Universidad Centroamericana, SL, SF, pp. 126-129. Para el jurista VON TURH, "la novación se distingue de la cesión de crédito en que no puede realizarse sin la intervención del deudor, el cual no está obligado más que al cumplimiento de su deuda, pudiendo por tanto rechazar la novación que de él se interesa [ver. Art. 2114 C]. Otra diferencia es que la novación crea un nuevo crédito, del que no responden las garantías establecidas para el crédito antiguo". A.

## **2.2.- Ventajas.**

Las ventajas que proporciona esta figura son evidentes al facilitar la percepción rápida del crédito, si bien, por lo general, quien lo cede percibe menos de su valor nominal, compensa de tal manera la posible insolvencia del deudor y obtiene rápida liquidez crediticia. Por lo demás, como la persona del acreedor es indiferente para el deudor, se prescinde de requerir su anuencia, con lo cual la transmisión se opera sin inconvenientes<sup>301</sup>. El beneficio para el cesionario consiste en que por un precio menor adquiere un crédito de mayor valor nominal.

## **2.3.- Partes.**

Las partes que intervienen en este tipo contractual son el antiguo acreedor denominado cedente porque transmite su crédito, y el nuevo acreedor llamado cesionario por adquirir el derecho de crédito. En cuanto al deudor cedido, aunque obviamente le atañe el contrato, no es una parte del mismo y como consecuencia, no se requiere su consentimiento para que se produzca el negocio jurídico. Basta solo el del cedente y del cesionario<sup>302</sup>.

## **2.4.- Supletoriedad de las reglas de la compraventa y la donación.**

Establece nuestra legislación que cuando la cesión de crédito sea onerosa o se realice en virtud de una sentencia judicial, se le aplicará de forma supletoria las reglas de la compraventa en lo que no fuere modificado por acápite de la cesión de

---

VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, trad. por W. ROCES, t. II, reimpresión de la 1ª edic., Reus, Madrid, 1999, p. 285.

<sup>301</sup> A. A. ALTERINI, O. J. AMEAL y R. M. LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Albeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1996, p. 551.

<sup>302</sup> L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de...*, op. cit., nota 18, p. 237.

derechos (art. 2717 C)<sup>303</sup>. En cambio, si la cesión se hace de forma gratuita, será regulado por las normas de la donación que no fueren modificados en este título (art. 2718 C)<sup>304</sup>.

## **2.5.- Eficacia.**

La eficacia de la cesión de créditos está condicionada por el cumplimiento de ciertas reglas que detallamos a continuación.

### **2.5.1.- Libertad de forma.**

En principio, en nuestra legislación no existe un artículo que explícitamente exija que la cesión de crédito deba hacerse de una forma determinada<sup>305</sup>, como por ejemplo, constar por escrito<sup>306</sup>; de manera que, en principio existe libertad de forma, a saber, podría hacerse verbalmente y para su eficacia bastaría con la presentación del título original en el que conste la deuda. De forma excepcional, en defecto de este procedimiento, cuando no exista un documento que contenga el crédito, entonces la ley sí mandata que la cesión se haga por escrito (art. 2721 C)<sup>307</sup>. También en el caso de los créditos hipotecarios, la cesión de los mismos deberá hacerse en escritura pública, conforme a la regla que determina que toda

---

<sup>303</sup> Art. 2717 C: "Si el derecho creditorio fuere cedido por un precio en dinero, o rematado, o dado en pago, o adjudicado en virtud de ejecución de una sentencia, la cesión será juzgada por las disposiciones sobre el contrato de compra y venta, que no fueren modificadas en este Título".

<sup>304</sup> Art. 2718 C: "Si el crédito fuere cedido gratuitamente, la cesión será juzgada por las disposiciones del contrato de donación, que igualmente no fueren modificadas en este Título".

<sup>305</sup> En este sentido nos dice el jurista alemán LARENZ que el contrato de cesión es válido sin sujeción a forma. K. LARENZ, *Derecho de obligaciones*, t. I, trad. por J. SANTOS BRIZ, Revista de Derecho privado, Madrid, España, 1958, p. 453.

<sup>306</sup> Verbigracia el art. 1454 del Código civil argentino que ordena: "Toda cesión debe ser hecha por escrito, bajo pena de nulidad, cualquiera que sea el valor del derecho cedido, y aunque él no conste de instrumento público o privado"

<sup>307</sup> Art. 2721 C: "La notificación debe hacerse con exhibición del título, si lo hubiere, pudiendo verificarla cualquiera persona autorizada para cartular.

'Si no hubiere título en que conste el crédito, la cesión se pondrá por escrito; y al pie de éste se hará la notificación de que habla el inciso anterior".

constitución, modificación, transmisión y extinción de un derecho real sobre bien inmueble debe constar por escrito (art. 2483.1 y parte *in fine* del art. 2722 C )<sup>308</sup>.

### 2.5.2.- Notificación.

La cesión de créditos puede ser acordada entre cedente y cesionario sin necesidad del consentimiento y el conocimiento del deudor cedido<sup>309</sup>; sin embargo, para que tenga efectos jurídicos con respecto al deudor y terceros se requiere la notificación de la cesión al deudor (art. 2720 C)<sup>310</sup>. La notificación puede hacerse con la exhibición del título por cualquier Notario público y en caso de no haber título en el conste la deuda, la cesión se pondrá por escrito y al pie de la misma se hará la notificación (art. 2721 C ya citado).

### 2.5.3- Titularidad y disponibilidad del derecho de crédito.

Para que el contrato de cesión de crédito sea eficaz es necesario que el crédito pertenezca al acreedor cedente y que éste pueda disponer de aquel, por ejemplo, podría ser indisponible, si acreedor y deudor han acordado la intransmisibilidad del crédito; además, es necesario que en definitiva se trate de un

---

<sup>308</sup> Art. 2483 C: "Deberán constar en instrumento público:

<sup>10</sup> Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles". Parte *in fine* del Art. 2722 C: "... Sin embargo, los créditos hipotecarios, siempre deberán cederse por escritura pública, debidamente inscrita, debiendo anotarse este traspaso al margen de la inscripción anterior".

<sup>309</sup> En efecto, para el jurista alemán VON TUHR no solo no es necesario el consentimiento sino que no es requiere incluso su conocimiento. A. VON TUHR, *Tratado de las...*, op. cit., nota 300, p. 286.

<sup>310</sup> Art. 2720 C: "La cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste". A pesar de la redacción de este artículo, la doctrina de forma unánime sostiene que para la eficacia de la cesión basta con la notificación que ella se haga al deudor, siendo en todo caso irrelevante la aceptación del éste último. Recordemos que ésta es una diferencia entre la novación y la cesión de crédito, en aquella se requiere la aceptación del deudor, y en ésta última es innecesaria. Por eso comentado esta aceptación nos dice el jurista ALTERINI y otros: debe aclararse, empero, que esta aceptación sólo significa tomar comunicación de la cesión del crédito, pero de ninguna manera implica que el cedido esté de acuerdo con dicha cesión. A. A. ALTERINI, O. J. AMEAL y R. M LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones...*, op. cit., nota 301, p. 555.

crédito susceptible de cesión<sup>311</sup>, no lo es en caso de derechos inherentes a la persona, como cuando el crédito proviene de una obligación alimenticia (art. 13 de la Ley 143, Ley de alimentos).

## **2.6.- Subsistencia de la obligación y de las relaciones accesorias en idénticos términos.**

Los mismos parámetros bajo los cuales se había acordado el vínculo jurídico entre el acreedor original y el deudor, permanecen después de efectuada la cesión de crédito. En consecuencia, como dice el art. 2725.1 C: "La cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas; pero no traspasa las excepciones personales del cedente; así como tampoco destruye las excepciones del deudor contra el cedente al tiempo de la cesión, y puede, por lo mismo, dicho deudor, hacerlas valer contra el cesionario"<sup>312</sup>.

## **2.7.- Las relaciones entre cedente y cesionario.**

El cedente se hace responsable de la existencia del crédito pero no de la solvencia del deudor; la razón de esta disposición se encuentra en el hecho que el objeto de este contrato no es la prestación misma, sino la sustitución de un acreedor por otro, con la consecuente autorización para que el nuevo acreedor pueda exigir al deudor cedido el cumplimiento de la prestación<sup>313</sup>. El cedente solo

---

<sup>311</sup> K. LARENZ, *Derecho de...*, *op. cit.*, nota 305, p. 453.

<sup>312</sup> De forma acuciosa los catedráticos GUZMAN GARCÍA y HERRERA ESPINOZA, señalan que resulta dudoso que en una cesión de crédito subsista una fianza sin el consentimiento del fiador (art. 3726 C). J. J. GUZMÁN GARCÍA y J. J. HERRERA ESPINOZA, *Contratos...*, *op. cit.*, nota 2, p. 255. Sobre este art. 2725.1 C, pregunta el jurista CUADRA ZAVALA: "¿Qué ha querido decir el art. 2725C., cuando declara que la cesión de un crédito no traspasa las excepciones personales del cedente? No lo entiendo dice B. Lira: el dueño de un crédito, como acreedor que es, tiene derechos que ejercitan acciones que hace valer contra el deudor; pero excepciones, no. Las excepciones son propias del deudor, y no pertenecen jamás al acreedor. Pueden algunas, es cierto, ejercitarse como acciones, pero eso no les quita el carácter indicado". J. CUADRA ZAVALA, *Anotaciones...*, *op. cit.*, nota 18 bis, p. 460.

<sup>313</sup> *Ibidem.* p. 256.



responde de la solvencia actual del deudor si se hubiese comprometido explícitamente a tal obligación (art. 2726)<sup>314</sup>.

Con respecto al saneamiento por evicción, en el caso de este contrato objeto de nuestro estudio se aplicaría las reglas de la compraventa o donación, según la cesión fuese a título gratuito (art. 2729 C)<sup>315</sup> u oneroso; de manera que, para la primera, la cesión onerosa se podrá pactar, como en la compraventa, la supresión, disminución o agravación de la obligación del cedente de responder por evicción<sup>316</sup>. En caso de no acordarse nada, se sobreentiende que el cedente responderá por evicción en correlación al perjuicio sufrido en los casos de los arts. 2727, 2728, 2730 y 2731 C<sup>317</sup>.

---

<sup>314</sup> Art. 2726 C: "El que cede un crédito a título oneroso, se hace responsable de la existencia de tal crédito al tiempo de la cesión, esto es, de que verdaderamente le pertenecía el crédito en ese tiempo; pero no se hace responsable de la solvencia del deudor, si no se compromete expresamente a ello; y en caso de comprometerse, no se entenderá que se hace responsable de la solvencia futura, sino sólo de la presente salvo que se comprenda expresamente la primera; ni se extenderá la responsabilidad sino hasta concurrencia del precio o emolumentos que el cedente hubiere reportado de la cesión, a menos que expresamente se haya estipulado otra cosa".

<sup>315</sup> Art. 2729 C: "A la evicción de derechos cedidos gratuitamente, o por remuneración de servicios o por cargas impuestas en la cesión, es aplicable lo dispuesto sobre las donaciones de esas clases".

<sup>316</sup> L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de...*, *op. cit.*, nota 18, p. 238.

<sup>317</sup> Art. 2727 C: "La evicción entre cesionarios y cedentes comprende la evicción de derechos dados en pago, remitidos o adjudicados, y los créditos transmitidos en virtud de subrogación legal". Comentando este art. nos dice el jurista CUADRA ZAVALA que donde se lee remitidos [condonados] debe entenderse rematados porque el crédito remitido no puede ser objeto de evicción. J. CUADRA ZAVALA, *Anotaciones...*, *op. cit.*, nota 18 bis, p. 462. Art. 2728 C: "A la evicción de los derechos cedidos por cosas con valor, o por otros derechos, es aplicable lo dispuesto sobre evicción entre permutantes". Art. 2729 C: "A la evicción de derechos cedidos gratuitamente, o por remuneración de servicios o por cargas impuestas en la cesión, es aplicable lo dispuesto sobre las donaciones de esas clases". Art. 2730 C: "A la evicción de derechos cedidos gratuitamente, o por remuneración de servicios o por cargas impuestas en la cesión, es aplicable lo dispuesto sobre las donaciones de esas clases". Art. 2731 C: "Si la cesión fuere de determinados derechos, rentas o productos transferidos en su totalidad, el cedente no responde sino de la evicción de todo en general, y no está obligado al saneamiento de cada una de las partes de que se componga, sino cuando la evicción fuere de la mayor parte".

## Tema VII: Contratos atípicos.

### 1.- El contrato de franquicia (*Franchising*).

#### 1.1.- Antecedentes.

El origen de este término, algunos autores lo sitúan en la Edad Media proviniendo del término *franc*, que en el antiguo francés significaba privilegio, que el Rey concedía a determinados súbditos para el derecho de mercado, pesca o forestales. La primera carta de franquicia conocida es la de un municipio francés del año 1232<sup>318</sup>.

Pero es los Estados Unidos de América en donde se desarrolla, luego de la Guerra de Secesión, constituyendo una forma de colaboración entre los grandes industriales del norte con comerciantes del sur; pero la franquicia tal como es conocida en la actualidad surge en 1929 en ese mismo país, impulsada por la industria automovilística, más concretamente se le atribuye a la "General Motors" la confección del primer contrato de este tipo<sup>319</sup>.

Luego, ha tenido un vertiginoso desarrollo y en la actualidad tiene un uso muy extendido por todo mundo comercial; un ejemplo paradigmático constituye los restaurantes de comida rápida entre los cuales Mc Donald's fue el primero en cosechar un éxito global. Muchos sectores detallistas están ahora dominados por el sistema de franquicia hasta el punto de que los establecimientos gestionados individualmente son la excepción más que la regla. Otro de los casos de éxito en el mundo de las franquicias es la cadena Mail Boxes etc. (En los USA la denominación actual es *The UPS Stores*) con más de 6.000 centros operativos en todo el mundo<sup>320</sup>.

---

<sup>318</sup> E. CHULIÁ VICENT y T. BELTRÁN ALANDETE, *Aspectos jurídicos de los Contratos atípicos*, Vol. I, 4º edic. (revisada), JM Bosch, Barcelona, España, 1999, p. 171.

<sup>319</sup> Ídem, p. 121.

<sup>320</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Contrato\\_de\\_Franquicia#Historia](http://es.wikipedia.org/wiki/Contrato_de_Franquicia#Historia)

## 1.2.- Concepto.

El contrato de franquicia es definido como

"Aquel que se celebra entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud de la cual una de ellas (franquiciador) otorga a la otra (franquiciado) el derecho a utilizar bajo determinadas condiciones de control, y por un tiempo y zona delimitados, una técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios de franquiciado, contra entrega por éste de una contraprestación económica<sup>321</sup>.

## 1.3.- Naturaleza jurídica y características.

La doctrina más autorizada califica al *franchising*, como un contrato de colaboración empresarial, que implica básicamente, un modelo colaboración entre distintas empresas independientes, a los fines de que por medio de la acción común de las mismas, se logre, el desarrollo de los negocios en forma más eficaz. Pero si bien debería existir un equilibrio de poder, en realidad es el franquiciante o franquiciador quien somete al franquiciado y pone a disposición del mismo dos elementos: el primero, es una técnica empresarial para asegurar el éxito de la franquicia y en segundo lugar, un producto o marca en el mercado que gozan de una fama y buen nombre. Siendo uniforme tales elementos para todos los franquiciados que integran la red del franquiciante, creando así una imagen de distribución<sup>322</sup>.

Para otros autores, la *franchising* contiene similares características del contrato de concesión y destacan que son de aplicación las normas reguladoras de

---

<sup>321</sup> M. A. DEL ARCO TÓRRES y M. A. DEL ARCO BLANCO (Coordinadores) y otros: *Diccionario...*, op. cit., nota 256, p. 129.

<sup>322</sup> <http://www.monografias.com/trabajos/franchising/franchising.shtml>

la misma figura contractual y agregan que ambos contratos pretenden lograr la reventa de determinados productos o la prestación de ciertos servicios, actuando el franquiciado en nombre y por cuenta propia<sup>323</sup>.

Desde el punto de vista del codicístico, se trata de un contrato atípico, conmutativo, nominado, *intuito personae*, principal, no formal, bilateral, oneroso de ejecución continuada, de colaboración, siéndole de aplicación los principios generales de los contratos, la autonomía de la voluntad y los principios de orden público y buena fe en su celebración y ejecución<sup>324</sup>.

#### **1.4.- Clases.**

Existen tres clases de franquicia: la industrial o de producción, de distribución y de servicios<sup>325</sup>.

##### **1.4.1.- La franquicia de servicios.**

En esta clase de franquicia, el franquiciado ofrece un servicio bajo el emblema, rótulo, nombre comercial y/o marca del franquiciador, y dentro de las directrices que el último imparta.

---

<sup>323</sup> M BROSETA PONT y F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, vol II, 11º edic., Tecnos, Madrid, España, 2003. Citado por J.J. HERRERA ESPINOZA, *Contratos atípicos*, Helios, Managua, 2007, p. 40

<sup>324</sup> S. MALDONADO CALDERÓN, *Contrato de Franchising*, editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1994, p. 68 y ss. Citado por J.J. HERRERA ESPINOZA, *Contratos atípicos*, Helios, Managua, 2007, pp. 40-41.

<sup>325</sup> E. CHULIÁ VICENT y T. BELTRÁN ALANDETE, *Aspectos jurídicos...*, *op. cit.*, nota 318, p. 178.

### **1.4.2.- La franquicia de fabricación o producción.**

De acuerdo a esta tipo de franquicia, el que el franquiciado fabrica directamente, conforme a las directrices del franquiciador, los productos que posteriormente vende con la marca de éste;

### **1.4.3.- La franquicia de distribución.**

En virtud de esta clase de franquicia la que el franquiciado se obliga a vender determinados productos dentro de un establecimiento que se presenta al público con el emblema, rótulo, nombre comercial y/o marca del franquiciado...<sup>326</sup>.

Dentro de la franquicia de distribución, es posible distinguir las subespecies<sup>327</sup>:

**1.4.3.1.- Franquicia de *corner*.** literalmente significa franquicia de esquina y más que referirse a una esquina propiamente dicha, hace alusión a un punto de venta en un establecimiento, es decir, dentro de esta variante el franquiciado cede una parte de su establecimiento al franquiciante, quien asiste con sus conocimientos para la venta, pero también se beneficia de la clientela de ese establecimiento; ejemplo de este tipo de contratos son los puntos de ventas de productos especializados como los cosméticos dentro de los grandes centro comerciales.

**1.4.3.2.- Master franquicia o contrato de franquicia principal:** este tipo de franquicia es frecuentemente utilizado para la distribución de artículos importados; mediante el mismo se vincula al fabricante con el franquiciado principal, a fin de que este último concluya con terceras personas otros contratos de

---

<sup>326</sup>[http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=443&Itemid=33](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=443&Itemid=33)

<sup>327</sup> Consultar a J.J. HERRERA ESPINOZA, *Contratos atípicos*, Helios, Managua, 2007, pp. 41-42 así como los autores ahí citados.

franquicia, en los cuales el franquiciado principal fungirá como franquiciador de manera que no existe relación alguna entre el que podríamos llamar franquiciado "de base" y fabricante.

**1.4.3.3.- Franquicia asociativa:** la asociación consiste en que tanto el franquiciante participa en el capital de la empresa franquiciada, como lo contrario, el franquiciado adquiere parte del capital de la empresa franquiciadora. Pero hay que advertir que esta participación no puede ser muy significativa hasta el grado que, por ejemplo, se transforme la empresa franquiciada en una filial; en este sentido no olvidemos que en este contrato de franquicia las partes conservan su independencia y actúan por su cuenta y riesgo propio.

## **1.5.- Derecho y obligaciones de las partes<sup>328</sup>.**

### **1.5.1.- Del Franquiciante:**

a) Adjudicar el derecho de explotar una unidad comercial u operativa en franquicia.

b) Suministrarle al franquiciado el *Know-how*, es decir, los conocimientos prácticos no patentados que se originan de la experiencia del franquiciante, las técnicas e instrucciones y el sistema para operar.

c) Otorgarle al franquiciado exclusividad territorial o zonal lo que implica la abstención de conceder otras franquicias a terceros; pero esto no impide que el franquiciado otorgue otros contratos de distribución selectiva o de licencia de marcas en ese territorio.

---

<sup>328</sup> J.J. HERRERA ESPINOZA, *Contratos...*, op. cit., nota 323, pp. 41-42 así como los autores ahí citados.

d) Otorgarle al franquiciado licencia para la utilización de nombres, marcas, emblemas, lo que propicia una presentación uniforme de los locales y medios de transporte.

e) Proporcionarle los manuales que contengan un detalle de los sistemas y procedimientos de operaciones de la franquicia de que se trate, así como toda la asistencia técnica y comercial necesaria; esta asistencia deberá prestarse de forma continuada mientras esté vigente el contrato e incluye cualquier ventaja, innovación, o avance de carácter técnico o comercial que contribuya a la mejor comercialización de los productos o servicios objeto del negocio.

f) Proporcionarle especificaciones de relaciones con terceros, clientes, publicidad, promoción, diseño y equipamiento del local o locales, pautas contables, cursos de capacitación del personal, seguro de los bienes, atención al público.

g) Suministrarle productos y servicios, así como la garantía por los productos franquiciados.

h) Limitar o vetar la elección de los locales.

i) Actos de fiscalización o control del cumplimiento de las condiciones pactadas en el contrato de franquicia.

j) Establecer condiciones para la revocación o extinción del contrato y sus causales.

### 1.5.2.- Del Franquiciado:

- a) Pagarle al franquiciante una tasa inicial por entrar a la cadena, adquiriendo el derecho de utilización de la franquicia (*entry fee* o cuota de ingreso).
- b) Pagarle al franquiciante una regalía (*royalties*) periódica, calculada en función de la venta bruta del negocio franquiciado, que puede ser anual o mensual; fijo o decreciente para estimular al franquiciado.
- c) Ajustarse a todas las instrucciones de comercialización y técnicas del franquiciante.
- d) Adquirir la licencia de utilización de nombre, marca, etc.
- e) Dar cumplimiento al programa de entrenamiento dictado por el franquiciante.
- f) Guardar la debida reserva, secreto, de toda la información suministrada por el franquiciante, especialmente la relacionada con el *know-how* y no transmitirla a terceros sin consentimiento del franquiciante, y limitar su uso al ámbito de la franquicia; esta obligación perdura durante y después del contrato; excepto que una vez finalizado el contrato el *know-how* sea conocido o de fácil acceso al público; si esto ocurre estando vigente el contrato sería causal para pedir la resolución del mismo, salvo pacto en contrario.
- g) Satisfacer los aportes porcentuales oportunamente convenidos, para las campañas publicitarias.
- h) Dar intervención al franquiciante en la elección de local o locales en donde se va a establecer la franquicia.



- i) Aportes para la elección y puesta en marcha del local.
- j) Ajustar el sistema informático y contable a los requerimientos del franquiciante.
- k) Dar cumplimiento a la normativa vigente que regule los distintos aspectos que hacen a la operatividad de la franquicia.
- l) Mantener el esquema de atención al público.
- m) No ceder ni subfranquiciar sin el consentimiento del franquiciante.
- n) Abstenerse de seguir utilizando el nombre y /o la marca una vez concluida la relación contractual.
- ñ) Informar al franquiciante de toda la experiencia obtenida en el marco de la explotación de la franquicia, así como cualquier violación a los derechos de propiedad intelectual e industrial licenciados que tenga lugar en su zona, así como la obligación de las acciones legales correspondientes para impedir dicha utilización.

### **1.6.- Extinción del contrato.**

Como todo contrato bilateral, el contrato de franquicia se extingue por las causas generales que causan la finalización del mismo, como por ejemplo la resolución por incumplimiento o por vencimiento del plazo; aunque no es infrecuente que esta clase de contratos se pacten por tiempo indefinido y en estos casos el contrato se resolvería por el desistimiento unilateral cualquiera de las partes, siempre que sea

de buena fe. También se extingue por la transmisión del franquiciado, con la debida autorización del franquiciante, de sus derechos<sup>329</sup>.

## **2.- El contrato de *know-how*.**

### **2.1.- Antecedentes.**

Esta clase de contratos surge después de la Segunda Guerra Mundial como consecuencia de los avances industriales y tecnológicos<sup>330</sup>, surge como una necesidad ante la imposibilidad de contar con la adecuada protección del antiguo derecho de patente<sup>331</sup>. Las características de los mismos, y en algunas ocasiones su fugacidad, hacen que no puedan acogerse a los derechos de patentes, no obstante, las empresas en posesión de técnicas fuera de lo corriente, de nuevas invenciones, de eficaces métodos de trabajo, guardan celosamente estas innovaciones, ya que les permite competir con ventaja en los correspondientes mercados<sup>332</sup>.

Como la mayoría de los contratos atípicos, éste es de origen anglosajón, se desarrollo en Estados Unidos y luego se expandió a otros países industrializados, especialmente en Inglaterra y Alemania<sup>333</sup>.

### **2.2.- Concepto.**

El *know how*, mejor conocido como licencia de *know how* se puede definir como un negocio jurídico celebrado entre personas tanto físicas y jurídicas, mediante el cual una de ellas conocida como licenciante o transmitente, titular del *know how*, autoriza a la otra parte llamada licenciataria o aquirente, a explotarlo durante un tiempo determinado; para tal efecto, se obliga a ponerlo en su efectivo

---

<sup>329</sup> Cfr. J.J. HERRERA ESPINOZA, *Contratos...*, op. cit., nota 323, p. 48.

<sup>330</sup> E. CHULIÁ VICENT y T. BELTRÁN ALANDETE, *Aspectos jurídicos...*, op. cit., nota 318, p. 251.

<sup>331</sup> J. R. ORÚE CRUZ, *Manual de Derecho Mercantil*, 2ª edic., Hispamer, Managua, 2008, p. 257.

<sup>332</sup> E. CHULIÁ VICENT y T. BELTRÁN ALANDETE, *Aspectos jurídicos...*, op. cit., nota 318, p. 251.

<sup>333</sup> Ídem, p. 251.

conocimiento a cambio de pago de un precio cierto en dinero o en especie, aunque normalmente se fija en una cantidad de dinero calculada en función del volumen de fabricación o ventas de productos o servicios realizados, todos con el empleo del *know how* licenciado<sup>334</sup>.

La doctrina distingue dos tipos de *know how*, uno llamado puro, en el que solo se transmiten aisladamente los conocimientos técnicos, sin tener vinculación alguna con ninguna otra figura jurídica; el *know how* mixto que, como su nombre lo indica, además de la transmisión de conocimientos, se conjuga con otra figura jurídica, como podría ser una patente, una marca, un rótulo, etc.<sup>335</sup>.

### **2.3.- Importancia.**

Según los datos estadísticos citados por el profesor MASSAGUER, el 25 % de los contratos de transferencia tecnológica realizados en los Estados Unidos por empresas extranjeras corresponden a licencias de *Know how*, mientras que un 40% eran contratos mixtos de explotación de patentes junto con el *Know how*; en Europa la proporción es de un 30% y en Japón tiene una mayor proporción que se eleva al 50 por cien<sup>336</sup>.

### **2.4.- Caracteres y Naturaleza jurídica.**

El contrato de *know how* es un contrato atípico por no estar regulado por la ley; en principio es consensual, en tanto en cuanto la ley no prescribe una forma alguna, pero debido a los intereses que normalmente involucra, se suele hacer al menos por escrito; es un contrato sinalagmático, pues ambas partes contraen derechos y obligaciones; son contratos nominados, pues a pesar de carecer de regulación legal,

---

<sup>334</sup> Íbidem, p. 254.

<sup>335</sup> Ídem, p. 254.

<sup>336</sup> J. Massaguer, *El contrato de licencia de know how*, Bosch, Barcelona, España, 1989. Citado por E. CHULIÁ VICENT y T. BELTRÁN ALANDETE, *Aspectos jurídicos...*, op. cit., nota 318, p. 252.

poseen un nombre que ampliamente conocido en los ámbito de los negocios mercantiles; es conmutativo, pues las prestaciones están previamente establecidas y existe un equilibrio entre ellas; es un contrato *intuitu personae*, porque las características particulares de las partes son elementos determinantes para que las partes se decidan a contratar.

Con respecto a la naturaleza jurídica de esta clase de contratos, la misma ha sido objeto de una gran polémica doctrinal; así, por ejemplo, para el jurista CHULIÁ son de naturaleza civil, porque en el mismo no se dan los elementos de la compraventa mercantil, ya que el adquirente no compra la tecnología y la destina para uso propio, no para alquilarla ni revenderla, además que no está regulado en el Código de Comercio; de manera que, este autor encuentra muchas semejanzas entre el contrato de *know how* y el arrendamiento de cosas normado en el Código civil<sup>337</sup>. En esta misma línea, algunos lo asemejan al contrato de arrendamiento de servicios. La crítica que se formula a esta concepción se fundamenta en el hecho de que en el *know how* el cedente no pierde la posibilidad de utilizar, salvo pacto en contrario, los conocimientos que transfiere, además su obligación no es poner a disposición del arrendatario elementos materiales como bienes muebles, servicios, sino la transmisión de una serie de conocimientos<sup>338</sup>.

En cambio, para otros, esta clase de contratos se identifica con el contrato de Licencia de patentes; pero a diferencia de lo que ocurre en el *know how*, la innovación patentada goza de una protección en virtud del Derecho de patente, pero en el contrato objeto de nuestro estudio esta particularidad no se da, pues el secreto empresarial no está inscrito en ningún registro público<sup>339</sup>.

---

<sup>337</sup> Ibídem, pp. 254-255.

<sup>338</sup> Ibídem, p. 253.

<sup>339</sup> J. M. FARINA, Contratos atípicos modernos, Astrea, Bueno Aires, Argentina, 1994, p. 643. Citado por J.J. HERRERA ESPINOZA, *Contratos...*, op. cit., nota 323, p. 80.

Para otros, el contrato de *know now* se equipara al contrato de compraventa<sup>340</sup>, pero, hay evidentes diferencias entre ambas figuras, porque el contrato de licencia de *know how* el transmitente no vende sus conocimientos, sino que se limita a autorizar su uso.

Podemos concluir, junto con el jurista HERRERA ESPINOZA, afirmando que con respecto a la naturaleza jurídica del contrato de *know how* es un contrato *sui generis*, dotado de su propia sustantividad<sup>341</sup>.

## **2.5.- Derechos y obligaciones de las partes<sup>342</sup>.**

### **2.5.1.- De parte del licenciante o transmitente.**

**a) Obligación de suministrar el *Know how*.** esto conlleva la total comunicación de los conocimientos técnicos o avances que constituyen la esencia del *know how*, esta obligación se puede materializar, según sea el caso, en entrega de objetos: como maquinaria, herramientas, muestras, modelos; dación de documentos: memorias, proyectos, fórmulas, etc; instrucciones complementadas con normas de ejecución, asistencia técnica. Finalmente, también es obligación del transmitente asignar un derecho objetivo a la explotación de estos conocimientos.

**b) Asistencia técnica:** esta obligación es connatural al contrato de *know how*, pues de poco le valdría a una empresa la adquisición de modernas técnicas o maquinarias de producción, sin la debida asesoría para su uso; esta obligación supone entonces el envío de personal técnico especializado.

**c) Obligación de garantizar los resultados:** resulta lógico y es frecuente en esta clase de contratos que el adquirente quiera garantizar la efectividad del *know*

---

<sup>340</sup> Por ejemplo, J. Massaguer, *El contrato de licencia...*, op. cit., nota 236. Citado por E. CHULIÁ VICENT y T. BELTRÁN ALANDETE, *Aspectos jurídicos...*, op. cit., nota 318, p. 255.

<sup>341</sup> J.J. HERRERA ESPINOZA, *Contratos...*, op. cit., nota 323, p. 81.

<sup>342</sup> E. CHULIÁ VICENT y T. BELTRÁN ALANDETE, *Aspectos jurídicos...*, op. cit., nota 318, p. 256 y ss.

*how* que se materialice en un aumento de ventas o de producción. En caso de que se pacte una cláusula de este tipo, debe minuciosamente establecer los criterios a seguir: porcentaje de aumento de ventas o producción; menores costos de producción, resultados garantizados y cómo deberá satisfacerse la garantía.

**d) Pacto de exclusiva:** también es frecuente que el adquirente exija del cedente el compromiso de no ceder el *know how* a terceras personas y a no explotarla dentro de un determinado territorio, esto se denomina cláusula de licencia única. Cabe destacar que dicha obligación no necesariamente debe estar inserta en esta clase de contratos, por esta razón, de no figurar expresamente en el pacto, no deberá considerarse implícitamente incluida.

**e) Obligaciones de saneamiento:** obligación de saneamiento por evicción y por vicios ocultos por la transmisión de maquinarias, materias primas, equipos en connatural a este contrato de acuerdo a lo prescrito en la compraventa.

### **2.5.2.-De parte del adquirente.**

Su principal obligación es el pago de la remuneración acordada con el cedente o transmitente; este pago se puede efectuar con *royalties* o regalías, es decir, un porcentaje de las ventas brutas; pero también se pueden saldar estas deudas con *forfait*, es decir, el pago de una sola cantidad de dinero o de sumas aplazadas establecidas de antemano.

Otra importante obligación del licenciataria consiste en guardar el secreto del *know how*, ya que su divulgación entrañaría la pérdida de su eficacia.

También se suele establecer en las cláusulas de esta clase de contratos las obligaciones de retorno de conocimientos (*grant-back*) en virtud el cual el adquirente, una vez finalizado el contrato y durante el transcurso del mismo debe

comunicar las ventajas o perfeccionamiento que el uso de *know how* le ha proporcionado, así como autorizar al transmitente la explotación de toda patente desarrollada por las mejoras obtenidas con la ayuda de *know how*; también es típico de estos contratos los "acuerdos coligados" o *tying arrangements*, por medio de los cuales el adquirente se obliga a recibir de su contraparte materias primas, equipos servicios ya sean propios o de un tercero por éste designado;

Finalmente, tiene el derecho y la obligación de explotar adecuadamente el *know how*.

## **2.6.- Extinción del contrato de *know how*.**

Las causales de expiración son: a) por expirar el plazo de duración fijado en el contrato; b) por denuncia del mismo; por resolución por falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas<sup>343</sup>.

## **3.- El contrato de arrendamiento financiero (*leasing*).**

### **3.1.- Concepto.**

De forma general en el inciso 5 del art. 53 de la Ley 561 "La Ley general de bancos y otras instituciones financieras no bancarias, se faculta a los bancos a celebrar operaciones de arrendamientos financieros; pese a esta disposición se echa de menos una normativa completa que regule esta clase de contratos.

El *leasing* es definido como aquel contrato en el que

"Una determinada entidad financiera (sociedad de *leasing*) adquiere una cosa para ceder su uso a una persona durante cierto tiempo, la cual habrá de pagar a esa entidad una cantidad

---

<sup>343</sup> Ídem, pp. 260-261.

periódica (constante o variable). Transcurrida la duración del contrato el cesionario tiene la facultad de adquirir la cosa a un precio determinado que se denomina residual, en cuanto que su cálculo viene dado por la diferencia entre el precio originario pagado por la sociedad *leasing* (más los intereses y gastos) y las cantidades abonadas por el cesionario a esa sociedad. Si el cesionario no ejercita la acción de adquirir la cosa, ha de devolverla a la sociedad *leasing*, de no convenir con ella una prórroga del contrato, mediante el pago de cantidades periódicas más reducidas<sup>344</sup>.

### 3.2.- Sujetos.

Podemos afirmar que en esta clase de contratos intervienen tres sujetos: **el usuario**, que es un empresario o un profesional que necesita de un bien mueble o inmueble para desarrollar su actividad, pero que no puede o no quiere utilizar fondos propios para adquirirlo ni pretende endeudarse por tal fin; el proveedor, que es el propietario original del bien, puede ser fabricante o no del mismo; la entidad *leasing* que mediante la compra y posterior cesión del bien, hace posible que el usuario pueda utilizarlo o explotarlo sin tener, como hemos explicado, que haber invertido sus recursos para comprarlo o asumido un préstamo<sup>345</sup>.

Cabe destacar que el contrato de arrendamiento financiero efectuado entre la entidad *leasing* y su cliente, se funda en un previo contrato de compraventa concertado entre aquella y el proveedor del bien que se constituye en su antecedente necesario e inmediato<sup>346</sup>.

---

<sup>344</sup> M. A. DEL ARCO TÓRRES y M. A. DEL ARCO BLANCO (Coordinadores) y otros: *Diccionario...*, *op. cit.*, nota 256, p. 130.

<sup>345</sup> L. J. CORTES, "Contratos bancarios" (I), en la obra colectiva *Curso de Derecho mercantil*, t. II, Citas, Madrid, España, 2001, p. 527. Citado por J.J. HERRERA ESPINOZA, *Contratos...*, *op. cit.*, nota 323, pp. 28-29.

<sup>346</sup> *Ibidem*, p. 29.



### 3.3.- Naturaleza jurídica<sup>347</sup>.

Como su nombre lo indica, arrendamiento financiero, algunos autores pretenden identificar el *leasing*, con el arriendo; frente a esta tesis, se argumenta que mientras en el arriendo, el bien que se cede pertenece desde el primer momento al arrendador, por el contrario, en el *leasing*, el bien inicialmente pertenece al proveedor y la entidad financiera lo adquiere a instancia del cliente para cedérselo, de lo que se deduce que la función del contrato no es tanto brindar el uso del bien sino que financiar la posibilidad de explotarlo o disfrutarlo.

No se puede considerar como una compraventa a plazos con reserva del dominio, en primer lugar porque en esta comparecen solo dos sujetos: vendedor y comprador, en cambio en el *leasing*, como se ha dicho, intervienen tres sujetos; además, en la venta a plazo la financiación recae sobre el vendedor, por el contrario, en el contrato objeto de nuestro estudio, interviene como financiador un sujeto distinto al vendedor. Además, no hay que olvidar que en el *leasing*, la adquisición del bien por el usuario es meramente eventual, cuestión que no sucede en la compraventa donde la adquisición del bien se torna en una obligación del comprador.

Tampoco se puede considerar como un contrato de comodato pues ya se sabe que en este de préstamo de uso no se recibe retribución alguna de parte del usuario del bien, pues se trata de un contrato gratuito.

Podemos concluir afirmando, junto con el jurista HERRERA ESPINOZA, que el *leasing* es un contrato *sui generis* de financiación, con la modalidad que la financiación en vez de prestarse directamente al cliente, se le facilita de forma indirecta, mediante la previa adquisición y cesión del particular bien.

---

<sup>347</sup> J.J. HERRERA ESPINOZA y otros autores ahí citados, *Contratos...*, *op. cit.*, nota 301, pp. 30-32.

### **3.4.- Obligaciones de las partes.**

Hemos constatado que la principal obligación de la entidad *leasing* es la de adquirir la propiedad del bien de acuerdo a las instrucciones del usuario, además de ceder el uso del mismo al cliente; es decir, la entidad financiera compra a cuenta e interés del usuario. No obstante, pese a adquirir el bien objeto del arriendo financiero, no responde de los vicios que pueda tener, sino que es al proveedor a quien le corresponde responder por los mismos, y el usuario se subroga en los derechos y acciones que corresponden frente al proveedor; esto es una consecuencia que pende sobre el usuario quien escoge el bien y debe asumir el riesgo de su elección<sup>348</sup>.

El usuario debe conservar la cosa dada en arriendo como un buen padre de familia y destinarla para su uso previsto; otra importante obligación consiste en pagar las cuotas acordadas, devolver la cosa objeto de arriendo en caso de no ejercer la opción de compra. Como obligaciones de no hacer destacamos la abstención de subarrendar el objeto del contrato o cedérselo a un tercero<sup>349</sup>.

### **3.5.- Extinción del contrato.**

Una vez expirado el plazo de duración del contrato el usuario tiene las siguientes opciones: a) comprar el bien objeto del arriendo, pagando el precio residual; b) resolver el contrato y por consiguiente devolver el bien recibido en arriendo; c) prorrogar el contrato, renovándolo conforme las nuevas condiciones pactadas<sup>350</sup>.

---

<sup>348</sup> *Ibíd*em, p. 37.

<sup>349</sup> *Ídem*, p. 37.

<sup>350</sup> *Ibíd*em, p. 38.

## 4.- Contrato de *Joint venture*.

### 4.1.- Concepto.

De acuerdo a BARTOLO ROIG AMANT, el término *Joint venture* puede traducirse como empresa conjunta y son aquellas que se forman como resultado de un compromiso entre dos o más sociedades, y cuya finalidad es la de realizar una operación de negocio distinta y generalmente complementaria de las que desempeñan la empresas constituyentes<sup>351</sup>.

Para otros el *Joint venture* es el negocio por medio del cual dos o más partes se obligan, dentro de una plazo, a constituir una o varias sociedades o a participar conjuntamente en una sociedad, negocio o empresa existente y celebrar otros actos jurídicos relacionados; es necesario que en el contrato se determinen los elementos esenciales de la sociedad, contratos relacionados, aportaciones de los socios<sup>352</sup>.

En efecto, toda definición de *Joint venture* se asienta sobre tres pilares básicos: la participación de dos o más empresas (de lo contrario no tuviera sentido el término anglosajón *joint*); la creación o futura creación de una "empresa en común" o "empresa en participación" o la simple agrupación de recursos para un fin determinado; y el control conjunto sobre el objeto económico de la alianza<sup>353</sup>.

---

<sup>351</sup> E. CHULIÁ VICENT y T. BELTRÁN ALANDETE, *Aspectos jurídicos...*, op. cit., nota 318, p. 80.

<sup>352</sup> J.J. HERRERA ESPINOZA, *Contratos...*, op. cit., nota 323, p. 99.

<sup>353</sup> E. CHULIÁ VICENT, *Introducción al Derecho Mercantil*, 17ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2004, p. 812.

## 4.2.- Clases.

Hay varios criterios de clasificación de las empresas conjuntas, entre las que destacamos las siguientes<sup>354</sup>:

- Por la situación del *Joint venture* podemos distinguir:

***Joint venture horizontal:*** las dos partes participan en el mismo comercio o en uno relacionado y tiene en ánimo de establecer una empresa conjunta por un motivo común.

***Joint venture vertical:*** las dos partes trabajan no solo de forma independiente sino que también a niveles diferentes del proceso de fabricación; o bien se crea la empresa conjunta a un nivel más o menos elevado del mismo proceso.

***Joint venture aglomerado:*** la nueva empresa conjunta se realiza en un ámbito que no es común a las partes.

- Según la esfera en las que suelen operar la Empresa conjunta, se clasifican en:

*Joint Venture* en la esfera industrial.

*Joint Venture* en la explotación de minas.

*Joint Venture* en la explotación de petróleo.

*Joint Venture* de energía eléctrica.

*Joint Venture* de obras públicas, comunicaciones, transporte.

- Para el jurista ARCE GARGOLLO, con la expresión *Joint Venture* se alude a los siguientes tipos<sup>355</sup>:

---

<sup>354</sup> E. CHULIÁ VICENT y T. BELTRÁN ALANDETE, *Aspectos jurídicos...*, op. cit., nota 318, p. 80y ss.

<sup>355</sup> J. ARCE GARGOLLO, *Contratos mercantiles atípicos*, 2ª edic, 3ª reimpresión, Tirllas, México DF, México, 1994, p. 198 y ss. Citado por J.J. HERRERA ESPINOZA, *Contratos...*, op. cit., nota 323, pp. 95-96.

***Corporate Joint venture:*** consiste en una nueva entidad de negocios constituida por dos más empresas y que tiene una personalidad jurídica distinta de la personalidad jurídica de las empresas socios que la conforman.

***Informal Joint venture:*** con esta denominación se hace referencia siempre a negocio configurado por dos o más sociedades (o personas naturales) para la ejecución de un trabajo, un proyecto conjunto, que no se materializa en la creación de una persona jurídica distinta de las personas que intervienen.

***Joint venture agreement:*** es el contrato que surge del acuerdo entre dos o más socios, que tienen por objeto, una vez satisfechas determinadas condiciones fijadas por las partes, crear una nueva entidad (*Joint venture*) o determinar las reglas de un trabajo conjunto (*Joint activity agreement* o *Joint work agreement*).

De manera que en la praxis jurídica, la expresión *Joint venture* es comúnmente empleado tanto para referirse al contrato como para hacer alusión a la sociedad.

#### **4.3.- Utilidad.**

Hay muchas ventajas que contribuyen a convencer a las compañías para realizar contratos o alianzas de *Joint ventures*. Estas ventajas incluyen el compartir costos y riesgos de los proyectos que estarían más allá del alcance de una sola empresa. Son muy importantes las *Joint venture* en aquellos negocios en los que hay necesidad de fuertes inversiones iniciales para comenzar un proyecto que reportará beneficios a largo plazo (como, por ejemplo, el sector petrolífero o algunas grandes obras)<sup>356</sup>.

Para las firmas pequeñas y medianas, la *Joint venture* ofrece una oportunidad de actuar de forma conjunta para superar barreras, incluyendo barreras comerciales en

---

<sup>356</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Contrato\\_de\\_empresa\\_conjunta](http://es.wikipedia.org/wiki/Contrato_de_empresa_conjunta)

un nuevo mercado o para competir más eficientemente en el actual. Es muy habitual, por tanto, encontrar la creación de *Joint ventures* para acceder a mercados extranjeros que requieren de importantes inversiones y de un *know-how* específico del país en el que se intenta entrar (para lo cual uno de los socios suele ser una empresa nacional que conozca el mercado, y el otro aquel que pretende introducir sus productos)<sup>357</sup>.

La utilidad de esta clase de contrato se nota en las razones que estimulan a las empresas para aliarse; además de las explicadas, añadimos las siguientes: **a) Razones internas:** compartir líneas de productos, canales de distribución, compartir personal directivo y especializado experto; compartir medios y servicios de abastecimientos; compartir liquidez y mejor uso de la caja y del potencial financiero. Razones competitivas: expansión de negocios ya iniciados; racionalizar y dimensionar industrias maduras; adelantarse a cubrir una demanda; integración de procesos con sinergia<sup>358</sup>; necesidades de materia prima para el socio extranjero; ganar una posición en el mercado; evitar guerra de precios compartiendo el mercado; evitar la duplicidad del proyecto; salvar empresas en crisis. **b) Razones estratégicas:** creación y explotación de nuevos negocios, transferencia de tecnología; diversificación de productos (cooperación horizontal); integración vertical y horizontal de procesos; penetración en nuevos mercados; aprendizaje e incrementos de experiencias; innovación; racionalización por desinversión y fraccionamiento de unidades operativas<sup>359</sup>.

---

<sup>357</sup> Ídem.

<sup>358</sup> Sinergia: acción de dos o más causas cuyo efecto es superior a la suma de los efectos individuales.

<sup>359</sup> J.J. HERRERA ESPINOZA, *Contratos...*, op. cit., nota 323, pp. 97-98.

#### 4.4.- Naturaleza jurídica<sup>360</sup>.

Ciertos autores tratan de identificar el contrato de *Joint venture* con ciertas figuras que son afines, pero estas posturas no han estado exentas del cuestionamiento de los doctrinarios:

Algunos lo identifican con la figura de la fusión, porque los futuros socios (llamados *parents* o padres) mantienen la misma condición jurídica que ostentaban ante la creación y funcionamiento de la nueva sociedad.

Para otros, este contrato se puede vincular con el de asociación en participación, pero este argumento no se sostiene si consideramos que en el *Joint venture* se pretende la creación de una nueva entidad jurídica que la asociación en participación no genera.

No puede identificarse con la compra de una sociedad filial o subsidiaria porque el contrato de *Joint venture* implica la creación de una nueva entidad social o la participación de una ya existente.

No es un contrato definitivo de constitución de una sociedad aunque se reconoce que la obligación que se genera de *Joint venture* es la de celebrar una serie de actos jurídicos futuros entre los que se incluye lógicamente el propio de la constitución de una sociedad.

Por todo lo expuesto, la más razonable es afirmar que la naturaleza de esta clase de contratos es la propia de un contrato de promesa que tiene por objeto la celebración de unos contratos y actos jurídicos futuros relacionados.

---

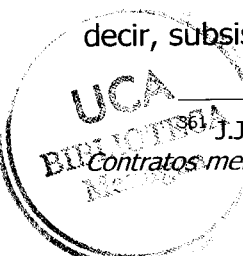
<sup>360</sup> J. ARCE GARGOLLO, *Contratos mercantiles...*, op. cit., nota 248, p. 207 Citado por J.J. HERRERA ESPINOZA, *Contratos...*, op. cit., nota 323, pp. 100-101.

#### 4.5.- Características.

El *Joint venture* es un contrato típicamente **mercantil** debido a que en él intervienen empresarios con ánimo de lucro; es **sinalagmático** pues implica prestaciones para ambas partes; **no formal** porque no existe ninguna norma que determine una forma predeterminada válida para su constitución, pero debido a los intereses que esta clase de convenio implica, generalmente se hace por escrito; es **aleatorio**, debido a que el beneficio es incierto en el momento de la celebración; es un contrato **preparatorio** porque produce una situación jurídica preliminar para futuros actos jurídicos; es **intuitu personae**, en tanto en cuanto las partes lo celebran atendiendo las cualidades personales o particularidades de cada una de ellas; es un contrato de **colaboración** pues supone la unión de dos o más empresarios para la consecución de un fin común; es un contrato **atípico** por carecer de régimen legal; es un contrato de **tracto sucesivo** por generar prestaciones periódicas que deben ser cumplidas a largo plazo; es un contrato **nominado** pues contiene un nombre que lo identifica en las transacciones comerciales<sup>361</sup>.

#### 4.6.- Extinción.

Sobre el tema de la extinción existe un posicionamiento dual en la doctrina, según se considere al *Joint venture* contrato preparatorio o como una empresa; para los primeros, esta clase de contratos se extinguiría, como todos los promisorios, una vez que las parte cumplen lo acordado mediante la celebración de los contratos y actos jurídicos definitivos. En cambio, para los segundos, el contrato *Joint venture* persiste aún después de ejecutados los actos definitivos que el mismo contempla; es decir, subsiste, mientras subsista la empresa o negocio de colaboración.

<sup>361</sup> J.J. HERRERA ESPINOZA, *Contratos...*, op. cit., nota 3323, p. 101. VÍCTOR M. CASTRILLÓN Y LUNA, *Contratos mercantiles*, 2º edic., corregida y aumentada, Porrúa, México DF, México, 2003, p. 471.



## 5.- El contrato de suministro.

### 5.1.- Concepto

Se trata de un contrato que se realiza para suplir las necesidades de un consumidor o de una empresa, sin que se agote en solo acto, sino que por el contrario tiene un efecto de tracto sucesivo, es decir, implica el cumplimiento de prestaciones periódica. En este sentido, de acuerdo al profesor ORÚE, se distingue porque una de las partes se obliga frente a otra a cumplir prestaciones periódicas y continuas por el pago de un precio determinado; en nuestro país es considerado como un contrato de empresas referido al suministro de servicios de energía eléctrica, acueductos y alcantarillados, telefonía, televisión por cable, Internet, etc<sup>362</sup>.

El contrato de suministro es el que tiene por objeto... el arrendamiento o la adquisición de productos o bienes muebles<sup>363</sup>, en el cual uno de los contratantes denominado proveedor, asume la obligación mediante un precio unitario de entregar periódicamente a otro denominado suministrado, cosas en cantidad, tiempo y formas establecidas en el contrato. El proveedor no se obliga a transmitir la propiedad, sino más bien a suministrar, a entregar ésta<sup>364</sup>.

El suministro podrá efectuarse sobre toda clase de bienes muebles tangibles, incluidos los fluidos. En las cláusulas del contrato se determina la calidad del

---

<sup>362</sup> J. R. ORÚE CRUZ, *Manual de...*, op. cit., nota 309, p. 249. Aunque nos explica el jurista HERRERA ESPINOZA que la prestación del suministro de teléfono suele asociarse al arrendamiento de servicios. J.J. HERRERA ESPINOZA, *Contratos...*, op. cit., nota 323, p. 63. Nosotros opinamos la misma consideración cabe hacerla a la prestación de servicio de Internet.

<sup>363</sup> M. A. DEL ARCO TÓRREZ, M. A. DEL ARCO BLANCO, (Coordinadores) y otros: *Diccionario...*, op. cit., nota 256, p. 132.

<sup>364</sup> J. R. ORÚE CRUZ, *Manual de...*, op. cit., nota 309, p. 249.

suministro, aunque suele ser el órgano de administración pública quien determinará y controlará el estándar del mismo<sup>365</sup>.

Aunque se considera como un contrato atípico, por carecer de regulación legal en el Derecho privado, no podemos decir lo mismo en la vertiente pública del Derecho, pues en la Ley de contrataciones del Estado y sus reformas, encontramos cierta regulación de la materia<sup>366</sup>.

## 5.2.- Naturaleza jurídica.

Algunos autores asemejan el contrato de suministro con el contrato de obra por empresa con entrega de material; pero a esta línea de pensamiento se le cuestiona que en aquel el proveedor responde por el resultado final; en cambio, en el contrato de obra por empresa con entrega de material, el suministrador solo responde por la entrega del objeto y no del resultado final<sup>367</sup>.

Tampoco es, como sostienen otros, un contrato de compraventa con entrega de mercancías diferidas, porque la compraventa se refiere a una prestación única, aunque sea divisible en varias fracciones, en cambio en el contrato de suministro existe una pluralidad de prestaciones independientes que forman parte de un contrato único; de manera que el incumplimiento de una prestación aislada no es causal de resolución del contrato, para tal efecto se requiere de incumplimiento reiterado de una serie de prestaciones<sup>368</sup>.

---

<sup>365</sup> Ídem, p. 249.

<sup>366</sup> Arts. 80 y ss de la Ley 323, Ley de Contrataciones del Estado y sus reformas contenidas en la Ley 349, "Ley de reforma a la Ley 323, Ley de contrataciones del Estado" y Ley 427 "Ley de reforma a la Ley 323, Ley de contrataciones del Estado".

<sup>367</sup> R. A. SOTO, "Los contratos de distribución comercial", en la Obra *Curso de Derecho mercantil*, t. II, Dir por URÍAS-MENENDEZ, Civitas, Madrid, España, 2001, p. 241 y ss. Citado por J.J. HERRERA ESPINOZA, *Contratos...*, op. cit., nota 323, p. 61.

<sup>368</sup> Ibídem, p. 62.

Se afirma que es un contrato mercantil tanto por su finalidad como el hecho de que por lo menos una de las partes, el suministrador, es un empresario porque la actividad del suministro requiere de una organización empresarial adecuada para satisfacer la demanda del suministrado<sup>369</sup>.

### **5.3.- Extinción.**

Como todo contrato bilateral, el incumplimiento de las prestaciones es causal de extinción del mismo; por la clase de prestaciones que envuelve este contrato, es más común que el incumplimiento se dé en la persona del suministrado; también se extingue, igual que todo contrato, por expirar el plazo o por la denuncia del mismo, con la observación que mientras el suministrado como todo consumidor, puede solicitar la extinción del suministro en cualquier tiempo, por el contrario, el proveedor tiene mayores restricciones para suspender el suministro.

## **6.- El contrato de *Factoring* (factoraje).**

### **6.1.- Concepto y funciones.**

De forma escueta se define esta clase de contratos como la "Transferencia de un crédito comercial, hecha por su titular a una empresa <<factor>> que a cambio de un precio se encarga de cobrarlo, y garantiza al empresario cedente del crédito, su efectiva satisfacción, aún en los casos de quiebra<sup>370</sup>.

Junto con las prestaciones principales (gestión de cobro de los créditos, financiación y garantía) el factor o sociedad de *factoring* puede obligarse a efectuar algunas prestaciones complementarias como: informaciones comerciales, llevanza

---

<sup>369</sup> E. SECO CARO, "Compraventa especiales y contratos afines en Derecho mercantil", en *Derecho mercantil*, vol. II, 6ª edic, corregida y puesta al día por G. JIMÉNEZ SANCHEZ, Ariel, Barcelona, España, 2000, p. 329 y ss. Citado por J.J. HERRERA ESPINOZA, *Contratos...*, op. cit., nota 323, p. 62.

<sup>370</sup> M. A. DEL ARCO TÓRREZ, M. A. DEL ARCO BLANCO, (Coordinadores) y otros: *Diccionario...*, op. cit., nota 256, p. 129.

de contabilidad del empresario, investigación y clasificación de la clientela, contabilidad de deudores y cualquier otra actividad encaminada a favorecer la administración, evaluación, seguridad y financiación de los créditos nacidos en el tráfico mercantil que le sean cedidos<sup>371</sup>.

Una de las funciones más típicas realizadas por el factor consiste en garantizar los créditos cedidos por los empresarios y la de anticipar los importes de los créditos cedidos<sup>372</sup>.

Cabe destacar que las operaciones de factoraje están autorizadas por el inciso 4 del art. 53 de la Ley 561, Ley general de bancos, Instituciones financieras no bancarias y grupos financieros.

Además del término factoraje, que suele usarse en vez de la expresión inglesa de *factoring*, se utilizan también los vocablos "facturación", "factorización" o "facturaje"<sup>373</sup>.

## 6.2.- Contenido.

En esta categoría de contratos, la gestión de cobros de los créditos que se materializan por lo general en facturas emitidas por el empresario, se pueden hacer efectivas de dos formas: por su cobro una vez vencidas (*maturity factoring*) o por medio de la anticipación de los montos por parte del factor (*credit cash factoring*) o bien cediendo el crédito con notificación al deudor (*notification factoring*) o sin la referida notificación (*non notification factoring*)<sup>374</sup>.

<sup>371</sup> F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 24ª edic., Vol. I, Mc Graw Hill, Madrid, 2002, p. 186.

<sup>372</sup> Ídem, p. 186.

<sup>373</sup> J.J. HERRERA ESPINOZA, *Contratos...*, op. cit., nota 323, p. 22.

<sup>374</sup> Íbidem, p. 24.



El servicio de garantía que asume el factor consiste en admitir la cobertura del riesgo a una posible insolvencia de deudor, siempre que su cuantía se acomode a la clasificación otorgada a cada cliente<sup>375</sup>.

### **6.3.- Extinción.**

Se extingue por mutuo disenso, vencimiento del plazo de duración, la extinción de cualquiera de las entidades intervinientes o por situaciones de quiebra.

---

<sup>375</sup> Ídem, p. 24.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, t. I: "Introducción y parte general", 15ª edic., Bosch, Barcelona, 2002.
- : *Derecho civil*, t. II: "Derecho de obligaciones", 11ª edic., puesta al día con la colaboración de F. REGLERO, Bosch, Barcelona, 2002.
- ALTERINI, A. A., AMEAL O. J. y LÓPEZ CABANA R. M.: *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Albeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1996.
- CASTÁN TOBEÑAS J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. IV: "Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias", 7ª edic., modificada y considerablemente ampliada, Reus, Madrid, España, 1952.
- CASTRILLÓN Y LUNA V. M.: *Contratos mercantiles*, 2º edic., corregida y aumentada, Porrúa, México DF, México, 2003.
- CHULIÁ VICENT E. y BELTRÁN ALANDETE T.: *Aspectos jurídicos de los Contratos atípicos*, Vol. I, 4º edic. (revisada), JM Bosch, Barcelona, España, 1999.
- : *Introducción al Derecho Mercantil*, 17ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2004.
- CUADRA ZAVALA J.: *Anotaciones al Código civil de Nicaragua*, t. II, Hispamer, Managua, 2004.
- DE COSSÍO Y CORRAL, A.: *Instituciones de Derecho civil*, t. I: "Parte general. Obligaciones y contratos", revisado y puesto al día por M. DE COSSÍO Y MARTÍNEZ y J. L. ALONSO, Civitas, Madrid, 1988.
- DEL ARCO TÓRREZ, M. A. y DEL ARCO BLANCO M. A., (Coordinadores) y otros: *Diccionario básico jurídico*, Comares, Granada, España, 2004.
- DE RUGGIERO R.: *Instituciones de Derecho civil*, t. II, vol. I: "Derecho de obligaciones. Derecho de familia. Derecho hereditario", trad. de la 4ª edic. italiana, anotada y concordada con la legislación española por R. SERRANO SUÑER y J. SANTA-CRUZ TEJEIRO, Reus, Madrid, España, s. f.
- DOMINGO, R. y RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, B.: *Reglas jurídicas y aforismos. Con jurisprudencia actualizada y remisiones a la legislación vigente*, Aranzadi, Navarra, 2000.



- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. II: "El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasicontratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual", 2ª reimpresión de la 9ª edic., Tecnos, Madrid, 2002.
- ESCOBAR FORNOS, I: *Contratos*, t. II, Universidad centroamericana, Managua, 1991.
- : *Contratos*, t. I, Universidad centroamericana, Managua, 1991.
- : *Derecho de obligaciones*, t II, Universidad Centroamericana, Managua, 1989.
- ESPÍN CANOVAS, D.: *Manual de Derecho civil español*, vol. III: "Obligaciones y contratos", 6º edic., revisada y ampliada conforme a la Constitución y leyes de la reforma del Código civil, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, España, 1983.
- GUZMÁN GARCÍA, J. J. y HERRERA ESPINOZA, J. J.: *Contratos civiles y mercantiles*, Helios, Managua, 2006.
- GUZMÁN GARCÍA, J. J.: *Apuntes de Derecho civil: Derecho de obligaciones*, Colección Facultad de Ciencias jurídicas Universidad Centroamericana, SL, SF.
- HERRERA ESPINOZA J.J.: *Contratos atípicos*, Helios, Managua, 2007.
- IGLESIAS-REDONDO, J.: *Repertorio bilingüe de definiciones, reglas y máximas jurídicas romanas*, Civitas, Madrid, España, 1986.
- LACRUZ BERDEJO, J. L y otros: *Elementos de Derecho civil*, t. I: "Parte general", Vol. III: "Derecho subjetivo. Negocio Jurídico", 2ª edic., revisada y puesta al día por J. DELGADO ECHEVERRÍA, Dykinson, Madrid, 2000,
- : *Elementos de Derecho civil*, t. II: "Derecho de obligaciones", vol. I: "Parte general, Teoría general del contrato, 3ª edic., revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ, Dykinson, Madrid, 2003.
- : *Elementos de Derecho civil*, t. II: "Derecho de obligaciones", vol. II: "Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito", 2ª edic., revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ, Dykinson, Madrid, 2002.
- LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones*, t. I y II, trad. por J. SANTOS BRIZ, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1958.
- ORÚE CRUZ J. R.: *Manual de Derecho Mercantil*, 2ª edic., Hispamer, Managua, 2008.

Estimado/a estudiante:

La Universidad Centroamericana se complace en tenerlo/a como estudiante e integrante de la comunidad educativa UCA. Al configurar este nuevo entorno de enseñanza y aprendizaje le hemos preparado específicamente este texto o módulo autoformativo, con un enfoque eminentemente pedagógico, para que usted por sí mismo/a y de manera responsable e independiente, logre con facilidad los aprendizajes de la unidad curricular que desarrolla.

El texto que ahora tiene en sus manos le proporciona información relevante para su proceso de aprendizaje. En él encontrará holísticamente integrados los componentes del proceso didáctico: objetivos, contenidos, actividades, sistema de autoevaluación y procesos de retroalimentación para la autorregulación de sus aprendizajes. Apoyará el autoaprendizaje del módulo, profesores tutores y compañeros de grupo que periódicamente se reunirán con usted en la universidad, para aclarar, profundizar, perfeccionar y validar los conocimientos teóricos, prácticos, y actitudinales obtenidos en la solución de la propuesta educativa de este módulo. De igual manera contará con asesorías individuales para reorientar y reafirmar los resultados de su estudio.

Esperamos que los logros sean los que usted, la UCA y la sociedad nicaragüense esperan. Reciba nuestro saludo y nuestra bienvenida.



Universidad Jesuita



Facultad de  
**Ciencias Jurídicas**